CNUDMI

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

CNUDMI Anuario

Volumen XL: 2009

NACIONES UNIDAS

COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA
EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

ANUARIO

Volumen XL: 2009

NACIONES UNIDAS
Nueva York, 2013

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/2009

© Naciones Unidas, junio de 2013. Reservados todos los derechos a nivel mundial.

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

ÍNDICE

Página

INTRODUCCIÓN vii

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

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO PERÍODO DE SESIONES (2009) 3

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 42° período de sesiones, celebrado en Viena del 29 de junio al 17 de julio de 2009 (A/64/17) 3

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo sobre su 56º período de sesiones (TD/B/56/11) . 114

C. Asamblea General: Informe de la Sexta Comisión relativo al informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones (A/64/447) 115

D. Resoluciones 64/111, 64/112 y 64/116 de la Asamblea General 124

Segunda parte. Estudios e informes sobre temas concretos

I. CONTRATACIÓN PÚBLICA 137

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública acerca de la labor de su 14° período de sesiones (Viena, 8 a 12 de septiembre de 2008) (A/CN.9/664) 137

B. 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 acerca del empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública y sobre la publicación de información relativa a la contratación pública, así como acerca de las subastas electrónicas inversas y de las ofertas anormalmente bajas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 14° período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.61) 163

C. 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 acerca del empleo de los acuerdos marco en la contratación pública, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 14° período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.62) 183

D. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia a la utilización de acuerdos marco en la contratación pública, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 14° período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.63). 204

E. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: vías de recurso, conflictos de intereses y contratación de servicios en la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 14° período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.64). 217

F. Informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública sobre la labor realizada en su 15º período de sesiones (Nueva York, 2 a 6 de febrero de 2009) (A/CN.9/668) 233

G. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 15° período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.66 y Add.1 a 5) 277

H. Informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública sobre la labor realizada en su 16º período de sesiones (Nueva York, 26 a 29 de mayo de 2009) (A/CN.9/672) 378

I. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: historial de redacción de algunas disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y la forma en que se tratan las cuestiones planteadas por algunas de esas disposiciones en los instrumentos internacionales que regulan la contratación pública, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 16° período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.68 y Add.1) 407

J. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 16° período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.69 y Add.1 a 5) 438

II. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL 533

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 49º período de sesiones (Viena, 15 a 19 de septiembre de 2008) (A/CN.9/665) 533

B. Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 49º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.151 y Add. 1) 561

C. Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: propuesta del Gobierno de Suiza, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 49º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.152) 599

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 50º período de sesiones (Nueva York, 9 a 13 de febrero de 2009) (A/CN.9/669) 601

E. Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 50º período de sesiones (A/CN.9/WG.II/WP.154) 629

III. RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA 649

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor realizada en su 35° períodos de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008) (A/CN.9/666) 649

B. Nota de la Secretaría sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 35° período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.82 y Add.1 a 4) 672

C. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 35° período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.83) 748

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor realizada en su 36° período de sesiones (Nueva York, 18 a 22 de mayo de 2009) (A/CN.9/671) 858

E. Nota de la Secretaría sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36° período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.85 y Add.1) 884

F. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36° período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.86 y Add.1 a 3) 913

G. Nota de la Secretaría sobre el examen del trato que se da a la propiedad intelectual en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36° período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.87) 1054

H. Nota de la Secretaría sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia: propuesta de los Estados Unidos de América sobre financiación posterior a la solicitud de apertura de un procedimiento, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36° período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.88) 1060

IV. GARANTÍAS REALES. 1063

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor realizada en su 14° período de sesiones (Viena, 20 a 24 de octubre de 2008) (A/CN.9/667) 1063

B. Nota de la Secretaría sobre el Anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 14° período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.35 y Add.1). 1099

C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor realizada en su 15° período de sesiones (Nueva York, 27 de abril al 1 de mayo de 2009) (A/CN.9/670). 1172

D. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de anexo a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 15° período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/WP.37 y Add.1 a 4). 1205

V. POSIBLE LABOR FUTURA 1299

A. Posible labor futura en materia de comercio electrónico (A/CN.9/678). 1299

B. Posible labor futura en materia de comercio electrónico: recomendaciones sobre la labor futura del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) presentadas por los Estados Unidos de América (A/CN.9/681 y Add.1 y 2). 1304

C. Propuesta de la Delegación Española para los trabajos futuros del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (A/CN.9/682). 1321

D. Posible labor futura en materia de derecho del transporte: comentario sobre el Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (A/CN.9/679) 1324

VI. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES SOBRE LOS TEXTOS DE LA CNUDMI (CLOUT). . 1329

VII. ASISTENCIA TÉCNICA PARA LA REFORMA DEL DERECHO 1331

Nota de la Secretaría sobre la cooperación y asistencia técnicas (A/CN.9/675 y Add.1) 1331

VIII. SITUACIÓN Y PROMOCIÓN DE LOS TEXTOS JURÍDICOS DE LA CNUDMI. 1355

Situación actual de las convenciones y leyes modelo (A/CN.9/674) 1355

Tercera parte. Anexos

I. ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 1359

II. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA CNUDMI: NOTA DE LA SECRETARÍA (A/CN.9/673) 1384

III. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL 1422

IV. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI REPRODUCIDOS EN VOLÚMENES ANTERIORES DEL *ANUARIO* 1431

INTRODUCCIÓN

El presente es el 40º 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 42º período de sesiones, celebrado en Viena del 29 de junio al 17 de julio de 2009, 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 42º período de sesiones. Entre estos documentos figuran los informes de los Grupos de Trabajo de la Comisión, así como los estudios, informes y notas de 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 actas resumidas, la bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la Comisión, una lista de documentos anteriores al 42° período de sesiones y una lista de documentos relativos a la labor de la Comisión que fueron 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: http://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 o signatura*
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

Volumen	*Años*	*Publicación de las Naciones Unidas* *Núm. de venta o signatura*
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
XXXVI	2005	S.10.V.4
XXXVII	2006	A/CN.9/SER.A/2006
XXXVIII	2007	A/CN.9/SER.A/2007
XXXIX	2008	A/CN.9/SER.A/2008

Primera parte

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

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO PERÍODO DE SESIONES (2009)

A. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 42º período de sesiones, celebrado en Viena del 29 de junio al 17 de julio de 2009 (A/64/17)

[Original: inglés]

ÍNDICE

		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 del Comité Plenario	11
	F. Aprobación del informe	12
III.	Ultimación y aprobación de las Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza	13-24
IV.	Proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública	25-285
	A. Introducción	25-27
	B. Informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en el cumplimiento de su mandato	28-48
	C. Informe del Comité Plenario sobre su consideración del proyecto de ley modelo revisada	49-282
	Artículo 1. Ámbito de aplicación	49-50
	Artículo 2. Definiciones	51-74
	Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado en materia de contratación pública [y acuerdos entre unidades territoriales autónomas en el interior (del Estado)]	75-78
	Artículos 4 y 5	79
	Artículo 6. Información sobre contratos próximamente adjudicables	80-87
	Artículo 7. Reglas relativas a los métodos, técnicas y procedimientos de contratación y tipos de convocatoria	88-120
	Artículo 8. Comunicaciones en la contratación pública	121-143

Artículo 11. Reglas relativas a la descripción del objeto del contrato adjudicable y a las condiciones de ese contrato o del acuerdo marco 144-148

Artículo 12. Reglas relativas a los criterios de evaluación [evaluación de ofertas] 149-174

Artículo 14. Garantía de la oferta 175-176

Artículo 15. Procedimiento de precalificación 177-178

Artículo 16. Rechazo de todas las ofertas 179-208

Artículo 17. Rechazo de las ofertas anormalmente bajas 209-212

Artículo 18. Rechazo de una oferta por razón de los incentivos ofrecidos por el proveedor o contratista o por haber algún conflicto de intereses 213-222

Artículo 19. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato 223-247

Artículo 21. Confidencialidad 248-266

Artículo 22. Expediente del procedimiento de adjudicación 267-280

Labor futura 281

Informe de las deliberaciones 282

D. Decisiones de la Comisión respecto al tema 5 del programa 283-285

V. Arbitraje y conciliación: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo II 286-300

VI. Régimen de la insolvencia: informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo V 301-308

A. Informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo V 301-305

B. Octavo Coloquio Judicial Multinacional 306-307

C. Labor futura sobre el régimen de la insolvencia 308

VII. Garantías reales: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo VI 309-321

VIII. Posible labor futura en la esfera del derecho del transporte: comentario sobre el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo 322-334

A. Novedades en relación con el Convenio 322-327

B. Posible labor futura sobre una nota explicativa 328-334

IX. Posible labor futura en la esfera del comercio electrónico 335-344

X. Posible labor futura en la esfera del fraude comercial 345-355

XI. Apoyo otorgado a los textos de otras organizaciones: revisión de 2007 de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios publicados por la Cámara de Comercio Internacional 356-357

XII. Seguimiento de la aplicación de la Convención de Nueva York 358-361

XIII. Asistencia y cooperación técnicas 362-375

A. Actividades de cooperación y asistencia técnicas 362-367

B. Apoyo a una interpretación uniforme de los textos de la CNUDMI 368-373

C. Biblioteca y recursos en línea 374-375

XIV. Situación actual de los textos jurídicos de la CNUDMI y labor de promoción de esos textos 376-378

XV. Métodos de trabajo de la CNUDMI 379-397

XVI. Coordinación y cooperación 398-411

A. Generalidades 398-400

B. Informes de otras organizaciones internacionales 401-411

XVII. Función que desempeña la CNUDMI en el fomento del estado de derecho a nivel nacional e internacional 412-420

XVIII. Concursos de Arbitraje Comercial Internacional Simulado 421-426

A. Observaciones generales 421-423

B. Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis . 424-425

C. Concurso de Arbitraje Comercial Simulado de Madrid 426

XIX. Resoluciones pertinentes de la Asamblea General 427-430

XX. Otros asuntos 431-434

A. Programa de pasantías 431

B. La microfinanciación en el contexto del desarrollo económico internacional 432-433

C. Evaluación del papel de la Secretaría en orden a facilitar la labor de la Comisión 434

XI. Lugar y fecha de futuras reuniones 435-439

A. 43° período de sesiones de la Comisión 435

B. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo 436-439

Anexo

Lista de documentos presentados a la Comisión en su 42º período de sesiones

I. Introducción

1. El presente informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) abarca el 42º período de sesiones de la Comisión, celebrado en Viena del 29 de junio al 17 de julio de 2009.

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 42º período de sesiones el 29 de junio de 2009.

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 17 de noviembre de 2003 y el 22 de mayo de 2007, 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 (2013), Argelia (2010), Armenia (2013), Australia (2010), Austria (2010), Bahrein (2013), Belarús (2010), Benin (2013), Bolivia (Estado Plurinacional de) (2013), Bulgaria (2013), Camerún (2013), Canadá (2013), Chile (2013), China (2013), Colombia (2010), Ecuador (2010), Egipto (2013), El Salvador (2013), España (2010), Estados Unidos de América (2010), Federación de Rusia (2013), Fiji (2010), Francia (2013), Gabón (2010), Grecia (2013), Guatemala (2010), Honduras (2013), India (2010), Irán (República Islámica del) (2010), Israel (2010), Italia (2010), Japón (2013), Kenya (2010), Letonia (2013), Líbano (2010), Madagascar (2010), Malasia (2013), Malta (2013), Marruecos (2013), México (2013), Mongolia (2010), Namibia (2013), Nigeria (2010), Noruega (2013), Pakistán (2010), Paraguay (2010), Polonia (2010),

[1] De conformidad con la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, los miembros de la Comisión se eligen por un período de seis años. De los actuales miembros, 30 fueron elegidos por la Asamblea en su quincuagésimo octavo período de sesiones, el 17 de noviembre de 2003 (decisión 58/407), y 30 fueron elegidos por ella en su sexagésimo primer período de sesiones, el 22 de mayo de 2007 (decisión 61/417). En su resolución 31/99, la Asamblea modificó las fechas de inicio y conclusión del mandato de los miembros de la Comisión al decidir que estos asumirían sus funciones al comienzo del primer día del período ordinario anual de sesiones de la Comisión que se celebrara inmediatamente después de su elección y que sus mandatos expirarían el último día antes de la apertura del séptimo período ordinario anual de sesiones de la Comisión que se celebrara después de su elección.

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2013), República Checa (2010), República de Corea (2013), Senegal (2013), Serbia (2010), Singapur (2013), Sri Lanka (2013), Sudáfrica (2013), Suiza (2010), Tailandia (2010), Uganda (2010), Venezuela (República Bolivariana de) (2010) y Zimbabwe (2010). Con excepción de Benin, Chile, el Ecuador, Fiji, el Gabón, Guatemala, Israel, Madagascar, Malta, Mongolia, Namibia, el Senegal, Sri Lanka y Zimbabwe, todos los miembros de la Comisión estuvieron representados en la primera parte del período de sesiones. Asistieron observadores de los siguientes Estados: Argentina, Azerbaiyán, Bélgica, Brasil, Cuba, Eslovaquia, Filipinas, Finlandia, Hungría, Indonesia, Iraq, Jamahiriya Árabe Libia, Jordania, Kuwait, Panamá, Perú, Portugal, Qatar, República Democrática del Congo, República Dominicana, República Unida de Tanzanía, Rumania, Túnez, Turquía y Yemen.

5. Con excepción de Benin, el Ecuador, el Gabón, Grecia, Guatemala, Letonia, Madagascar, Malta, Namibia, el Pakistán, Paraguay, Uganda 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, Argentina, Azerbaiyán, Bélgica, Brasil, Côte d'Ivoire, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Filipinas, Finlandia, Indonesia, Jordania, Kazajstán, Kuwait, Malí, Nicaragua, Nueva Zelandia, Panamá, Perú, República Dominicana, Rumania, Suecia, Túnez, Turquía y Yemen.

7. Asistieron también observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Programa Mundial de Alimentos y Banco Mundial;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Comunidad del Caribe, Comunidad de África Oriental, Comunidad Económica de Eurasia, Comisión Europea, Asociación Internacional de Reguladores de Insolvencia, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, Corte Permanente de Arbitraje y Organización Mundial del Comercio (OMC);

c) *Organizaciones no gubernamentales invitadas por la Comisión*: American Bar Association, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Comité Marítimo Internacional, Asociación Europea de Abogados de Empresas, Asociación Internacional de Profesionales en Reestructuración, Insolvencia y Quiebras (INSOL), Cámara de Comercio Internacional, Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, Federación Internacional de Ingenieros Consultores, International Swaps and Derivatives Association (ISDA) y Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional en Lagos, Nigeria.

8. La Comisión acogió con beneplácito la participación de organizaciones no gubernamentales internacionales con conocimientos especializados sobre los principales temas del programa. Su participación era decisiva para la calidad de los textos formulados por 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 las siguientes personas para integrar la Mesa:

Presidente: Sr. Soo-Geun OH (República de Corea)

Vicepresidentes: Sra. Susan DOWNING (Australia)

Sr. Jean Marc MPAY (Camerún)

Sra. Maria SZYMANSKA (Polonia)

Relator: Sr. Ricardo SANDOVAL LÓPEZ (Chile)

D. Programa

10. El programa del período de sesiones, que la Comisión aprobó en su 888ª sesión, celebrada el 29 de junio de 2009, fue el siguiente:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Ultimación y aprobación de las Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza.
5. Proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública.
6. Arbitraje y conciliación: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo II.
7. Régimen de la insolvencia: informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo V.
8. Garantías reales: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo VI.
9. Posible labor futura en la esfera del derecho del transporte: comentario sobre el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo.
10. Posible labor futura en la esfera del comercio electrónico.
11. Posible labor futura en la esfera del fraude comercial.
12. Apoyo otorgado a los textos de otras organizaciones: revisión de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (UCP 600), publicado por la Cámara de Comercio Internacional.
13. Seguimiento de la aplicación de la Convención de Nueva York.
14. Asistencia técnica para la reforma legislativa.
15. Situación actual de los textos jurídicos de la CNUDMI y labor de promoción de esos textos.
16. Métodos de trabajo de la CNUDMI.

17. Coordinación y cooperación:

    a) Coordinación y cooperación general;

    b) Informes de otras organizaciones internacionales.

18. Función que desempeña la CNUDMI en el fomento del estado de derecho a nivel nacional e internacional.

19. Concursos de Arbitraje Comercial Internacional Simulado:

    a) Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis;

    b) Concurso de Arbitraje Comercial Simulado de Madrid.

20. Resoluciones pertinentes de la Asamblea General.

21. Otros asuntos.

22. Lugar y fecha de futuras reuniones.

23. Aprobación del informe de la Comisión.

E. Establecimiento del Comité Plenario

11. La Comisión estableció el Comité Plenario y le remitió el tema 5 del programa para que lo examinara. La Comisión eligió como Presidenta del Comité a la Sra. Mireille-France Blanchard (Canadá). El Comité se reunió del 2 al 10 de julio y celebró 14 reuniones. En su reunión 892ª, celebrada el 10 de julio, la Comisión examinó el informe del Comité Plenario y acordó incluirlo en el presente informe (véanse los párrafos 49 a 282 *infra*).

F. Aprobación del informe

12. En sus sesiones 899ª y 900ª, celebradas el 17 de julio de 2009, la Comisión aprobó por consenso el presente informe.

III. Ultimación y aprobación de las Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza

13. La Comisión recordó que, en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión acordó que la labor inicial de recopilación de la experiencia práctica adquirida en la negociación y utilización de los acuerdos de insolvencia transfronteriza se facilitara oficiosamente mediante consultas con jueces y profesionales de la insolvencia y que en su 40º período de sesiones, en 2007, se sometiera a su consideración un informe preliminar sobre la marcha de esa labor[2].

---

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 209 c).

En la primera parte de su 40º período de sesiones, la Comisión examinó el informe preliminar (A/CN.9/629), expresó su satisfacción ante los progresos realizados en la labor de recopilación de la experiencia práctica adquirida en la negociación y utilización de acuerdos de insolvencia transfronteriza y reiteró que esa labor debía seguir desarrollándose oficiosamente por conducto de la Secretaría, en consulta con jueces, profesionales de la insolvencia y otros expertos[3].

14. En su 41º período de sesiones, celebrado en 2008, la Comisión dispuso de una nota de la Secretaría en la que se informaba de los ulteriores progresos realizados en esa labor (A/CN.9/654). La Comisión observó que se habían celebrado más consultas con jueces y profesionales de la insolvencia y que la Secretaría había preparado una recopilación de la experiencia práctica, organizada siguiendo el esquema del contenido que figuraba en el anexo del anterior informe presentado a la Comisión (A/CN.9/629). Debido a las limitaciones de tiempo y de los servicios de traducción, no se había podido presentar la recopilación a la Comisión en su 41º período de sesiones[4].

15. La Comisión expresó su satisfacción por los progresos realizados en la labor de recopilación de la experiencia práctica y decidió que esa recopilación se presentara como documento de trabajo al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 35º período de sesiones (17 a 21 de noviembre de 2008) para un debate inicial. En ese momento, el Grupo de Trabajo V podría decidir seguir estudiando la recopilación en su 36º período de sesiones (Nueva York, 18 a 22 de mayo de 2009), y formular recomendaciones a la Comisión en su 42º período de sesiones, en 2009, teniendo presente que era probable que la coordinación y cooperación basadas en acuerdos de insolvencia transfronteriza fueran de gran importancia para encontrar soluciones al tratamiento internacional de los grupos de sociedades en un procedimiento de insolvencia[5].

16. Se señaló que el Grupo de Trabajo examinó el proyecto de notas sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza en su 35º período de sesiones (A/CN.9/WG.V/WP.83), en cuya ocasión solicitó que se distribuyera a los gobiernos para que formularan observaciones antes de su 36º período de sesiones (A/CN.9/666, párr. 22). Esa versión del proyecto de notas se distribuyó en noviembre de 2008.

17. El proyecto de notas fue revisado teniendo en cuenta las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 35º período de sesiones, así como las observaciones recibidas de los gobiernos y los acuerdos de insolvencia transfronteriza adicionales que se concertaron tras la preparación del primer proyecto.

18. En su actual período de sesiones, la Comisión ha tenido a su disposición la versión revisada del proyecto de notas (A/CN.9/WG.V/WP.86), las observaciones de los Estados sobre el proyecto de notas (A/CN.9/WG.V/WP.86/Add.1, Add.2 y Add.3) y el informe del Grupo de Trabajo sobre su 36º período de sesiones en el que se siguió examinando el proyecto de notas (A/CN.9/671, párrs. 12 a 15). Se ha

---

[3] *Ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17), parte I, párr. 191.

[4] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 320.

[5] *Ibid.*, párr. 321.

hecho ante la Comisión una presentación verbal del proyecto de notas y se ha señalado que requeriría una leve actualización para tener en cuenta los importantes acuerdos de insolvencia transfronteriza que se han concertado desde que el Grupo de Trabajo examinó el proyecto en su 36° período de sesiones.

19. La Comisión expresó su reconocimiento por el proyecto de notas y puso de relieve la utilidad que tenían para los profesionales de la insolvencia y para los jueces, así como los acreedores y otras partes interesadas en los procedimientos de insolvencia, particularmente en el contexto de la crisis financiera actual. A este respecto, se consideró que las notas eran muy oportunas al ser aplicables a un gran número de casos de gran envergadura y complejidad y también por ser el primer documento que ha preparado una organización internacional sobre el tema de los acuerdos de insolvencia transfronteriza. La Comisión agradeció también que se hubieran incorporado al documento las sugerencias formuladas por los gobiernos tras la distribución del proyecto de notas (documento A/CN.9/WG.V/WP.83; véanse los párrafos 16 y 17 *supra*), y convino en que el título de las notas fuera "Guía de prácticas (de la CNUDMI) sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza" (en adelante, "la Guía de prácticas").

20. Con respecto al término "tribunal", conforme se empleaba en el proyecto de guía de prácticas y se definía en el párrafo 13 f) del documento A/CN.9/WG.V/WP.86, se aclaró que, de conformidad con la terminología utilizada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza[6] y en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia[7], se entendía por "tribunal" las autoridades judiciales y de otra índole, inclusive las autoridades administrativas competentes para controlar o supervisar los procedimientos de insolvencia. A fin de evitar confusiones en la utilización de ese término, la Comisión convino en suprimir la segunda frase del párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.V/WP.86.

21. Con respecto al párrafo 17 de la sección A del capítulo III, la Comisión convino en modificar la primera frase, de modo que dijera lo siguiente: "Cuando las partes desean la aprobación judicial de un acuerdo, ciertos ordenamientos jurídicos pueden requerir que el tribunal dé su aprobación basándose en una autorización legislativa pertinente, pues tal aprobación tal vez no entre en los poderes generales equitativos o inherentes del tribunal".

22. La Comisión convino en modificar la segunda frase del párrafo 18 de la sección A del capítulo III, de modo que dijera lo siguiente: "Como se ha señalado en relación con los representantes de la insolvencia, conviene tomar en consideración que, dado que los jueces deben actuar basándose en una autorización legislativa, si no basan su actuación en tal autorización, pueden incurrir en responsabilidad personal". La Comisión convino asimismo en que, a fin de armonizar las frases tercera y cuarta del párrafo 18 con la segunda frase revisada y con el párrafo 17, se sustituyera la palabra "concertar" por "aprobar formalmente" y que, en la cuarta frase, se suprimieran las palabras "y el poder discrecional que deben tener los tribunales para concertarlos". La Comisión decidió suprimir también las referencias a los ordenamientos jurídicos de derecho civil y a los basados en el *common law* en

[6] *Ibid*., publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.3. Véase también el párrafo 376 o) *infra*.

[7] *Ibid*., núm. de venta S.05.V.10.

los párrafos 17 y 18 sustituyéndolas por palabras más genéricas, como "en algunos ordenamientos" o "en ciertos ordenamientos".

23. A fin de paliar las objeciones formuladas en el sentido de que la expresión "acuerdo transfronterizo" era demasiado general, la Comisión convino en que esos acuerdos se denominaran "acuerdos de insolvencia transfronteriza" y, de forma abreviada, "acuerdos de insolvencia" o "acuerdos".

24. En su 890ª sesión, celebrada el 1 de julio de 2009, la Comisión adoptó la siguiente decisión:

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

Tomando nota de que la expansión del comercio y de las inversiones da una mayor relevancia a los casos en que los negocios se realizan a nivel mundial y en que las empresas y las personas tienen bienes e intereses en más de un Estado,

Tomando nota también de que, en los casos en que el procedimiento de insolvencia se entable contra deudores que tengan bienes en más de un Estado o contra empresas pertenecientes a un grupo que realice operaciones comerciales y tengan bienes en más de un Estado, suele ser generalmente necesario y urgente entablar una cooperación transfronteriza y coordinar la supervisión y la administración de los bienes y de los negocios de esos deudores individuales o de esas empresas pertenecientes a un grupo, iniciando, en su caso, múltiples procedimientos de insolvencia paralelos,

Considerando que la cooperación y la coordinación en los casos de insolvencia transfronteriza brindan muchas más posibilidades de salvar los negocios de las personas y de los grupos de empresas en situación financiera precaria,

Reconociendo que el conocimiento de la cooperación y la coordinación transfronterizas y de los medios para realizarlas no está muy extendido,

Convencida de que el hecho de ofrecer información fácilmente accesible sobre las prácticas actuales de coordinación y cooperación transfronterizas destinada a los jueces, a los profesionales de la insolvencia y a otras partes interesadas en procedimientos de insolvencia puede facilitar y promover esa cooperación y coordinación y evitar así demoras y costos innecesarios,

Recordando que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza brinda un marco legislativo que facilita la coordinación y la cooperación transfronterizas dándoles eficacia,

1. *Adopta* la Guía de prácticas de la CNUDMI sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza ("la Guía de prácticas"), que figura en el documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.86, y autoriza a la Secretaría a agregar nueva información respecto de los acuerdos de insolvencia transfronteriza recientemente concertados y a introducir cambios de redacción en la Guía de prácticas teniendo en cuenta las deliberaciones de la Comisión y a finalizarla;

2. *Pide* al Secretario General que publique el texto de la Guía de prácticas, inclusive electrónicamente, y que lo transmita a los gobiernos, solicitándoles que hagan llegar el texto a las autoridades competentes de modo que se dé a conocer al máximo y sea generalmente accesible;

3. *Recomienda* que, cuando proceda, los jueces, los profesionales de la insolvencia y otras partes interesadas en procedimientos de insolvencia transfronteriza tomen debidamente en consideración la Guía de prácticas;

4. *Recomienda* a todos los Estados que sigan planteándose la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza."

IV. Proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre contratación pública

A. Introducción

25. La Comisión recordó que, en su 37º período de sesiones celebrado en 2004, convino en que sería provechoso actualizar la Ley Modelo de la CNUDMI de 1994 sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante, "la Ley Modelo de 1994 sobre la Contratación Pública")[8] a fin de dar cabida en ella a las nuevas prácticas, en particular a las resultantes de la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, así como a la experiencia adquirida en la aplicación de la Ley Modelo en las reformas legislativas[9]. La Comisión recordó asimismo que, en aquel período de sesiones, decidió encomendar a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) la redacción de propuestas para la revisión de la Ley Modelo de 1994 sobre la Contratación Pública. Se dio flexibilidad al Grupo de Trabajo para determinar las cuestiones que habría de abordar en sus deliberaciones[10].

26. La Comisión observó que el Grupo de Trabajo inició su labor en su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004) y que, hasta el actual período de sesiones de la Comisión, el Grupo de Trabajo dedicó 11 períodos de sesiones de una semana de duración al examen de las revisiones de la Ley Modelo[11]. La Comisión recordó también que, en sus períodos de sesiones 38º a 41º celebrados de 2005 a 2008, reiteró su apoyo a la labor de revisión que se estaba llevando a cabo y a la inclusión en una ley modelo revisada de prácticas de contratación pública novedosas[12]. La Comisión recordó asimismo que, en su

---

[8] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.V.13.

[9] *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 81.

[10] *Ibid.*, párr. 82.

[11] Los informes del Grupo de Trabajo sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones sexto a 16º figuran, respectivamente, en los documentos A/CN.9/568, A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640, A/CN.9/648, A/CN.9/664, A/CN.9/668 y A/CN.9/672.

[12] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 172; *ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 192; *ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17*

39º período de sesiones, recomendó al Grupo de Trabajo que, al actualizar la Ley Modelo y la Guía, tuviera en cuenta los problemas que planteaban los conflictos de interés y estudiara la posibilidad de que se justificara incorporar a la ley modelo revisada disposiciones concretas que abordaran esos problemas[13]. La Comisión, en su 40º período de sesiones, recomendó que el Grupo de Trabajo aprobara un programa concreto para sus próximos períodos de sesiones a fin de acelerar el avance de su labor[14]. La Comisión, en su 41º período de sesiones, invitó al Grupo de Trabajo a que agilizara su labor con miras a concluir el proyecto, de modo que pudiera finalizarse y adoptarse en un plazo razonable la ley modelo revisada y su correspondiente guía para la incorporación al derecho interno[15].

27. En su actual período de sesiones, la Comisión ha tenido a su disposición: a) un proyecto de ley modelo sobre la contratación pública con una nota adjunta para la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.68 y Add.1, y A/CN.9/WG.I/WP.69 y Add.1 a 5); b) los informes sobre los períodos de sesiones 14º (Viena, 8 a 12 de septiembre de 2008), 15º (Nueva York, 2 a 6 de febrero de 2009) y 16º[16] (Nueva York, 26 a 29 de mayo de 2009) del Grupo de Trabajo (documentos A/CN.9/664, A/CN.9/668 y A/CN.9/672, respectivamente); y c) nuevas propuestas para la revisión de la Ley Modelo de 1994 sobre la Contratación Pública.

B. Informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en el cumplimiento de su mandato

28. La Comisión observó que el anterior período de sesiones del Grupo de Trabajo se había centrado principalmente en los siguientes temas clave, respecto de los cuales el Grupo de Trabajo recomendaba disposiciones totalmente nuevas o enmiendas sustanciales: a) la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública; b) las subastas electrónicas inversas; c) las ofertas anormalmente bajas; y d) los acuerdos marco. Se informó de que se habían convenido los principios en que se basarían la mayor parte de esas disposiciones, pero que quedaban pendientes algunas cuestiones de redacción.

29. Se señaló que el Grupo de Trabajo, en posteriores períodos de sesiones, se había centrado en la contratación de servicios, en otros posibles métodos de contratación, en la simplificación y normalización 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") y en los conflictos de interés, y que se estaban examinando nuevas disposiciones y enmiendas sustanciales sobre esos temas.

(A/62/17 (Part I)), párr. 170; e *ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 307.

[13] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 192.

[14] *Ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part I)), párr. 170.

[15] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 307.

[16] A petición del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 277) y previa consulta con la Mesa de la Comisión, se convocó los días 26 a 29 de mayo de 2009 el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo, en fechas previstas inicialmente para el 45º período de sesiones del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico).

30. Se expuso ante la Comisión un informe sobre los progresos realizados en distintos ámbitos de esa labor.

31. En lo que respecta a los aspectos generales de la contratación pública por medios electrónicos, se observó que las disposiciones de la ley modelo revisada permitirían la utilización de comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación, concretamente en un nuevo artículo 8, que trataría a la vez la forma de esas comunicaciones y los medios para realizarlas y que sustituiría al artículo 9 de la Ley Modelo de 1994 sobre la Contratación Pública (que regulaba únicamente la forma de las comunicaciones). El proyecto de artículo 8: a) prevería la equivalencia funcional entre las comunicaciones con soporte de papel y las comunicaciones electrónicas; b) contendría salvaguardias acerca del carácter confidencial de la información, la posibilidad de localización y la integridad; c) impediría que se utilizara cualquier modo o medio de comunicación para restringir el acceso a la contratación; y d) garantizaría la transparencia y la previsibilidad exigiendo que la entidad adjudicadora, al principio del proceso de contratación, especificara requisitos concretos sobre la forma y los medios de las comunicaciones.

32. Respecto de las subastas electrónicas inversas, se explicó que este concepto consistía en una subasta realizada en tiempo real por vía electrónica durante la cual los licitantes presentaban e iban modificando sus ofertas. Reconociendo las ventajas potenciales de las subastas electrónicas (las economías en los precios), el Grupo de Trabajo recomendaba que esas subastas fueran reguladas, pero no las subastas no electrónicas a causa de los riesgos de colusión que planteaban. En las disposiciones relativas a las subastas electrónicas inversas se enunciarían: a) las condiciones para recurrir a tales subastas; y b) las reglas procesales para dos tipos de subastas electrónicas inversas: las que constituían una etapa en otros métodos de contratación y las que se utilizaban como método autónomo de contratación. La ley modelo revisada regularía el tipo de subasta en el que, al final del proceso de subasta, se determinara automáticamente la mejor oferta en función de los criterios de adjudicación. Este tipo de subastas electrónicas inversas, que no permitía una evaluación posterior a la subasta, requería: a) una reevaluación automática de las ofertas que se fueran revisando durante la subasta; y b) la revelación a cada uno de los licitantes, en cualquier momento de la subasta, de información suficiente para poder determinar si su oferta era la ganadora. Se señaló que la cuestión importante que había examinado el Grupo de Trabajo en el contexto de las subastas electrónicas inversas era la de si en dichas subastas podían tenerse en cuenta factores distintos del precio. El Grupo de Trabajo señaló que se habían formulado reservas por estimarse que esos factores podían complicar el proceso, y que podían mermar la transparencia.

33. En lo que respecta a los acuerdos marco, se explicó que con ese concepto se describían las contrataciones en dos etapas: en la primera, se concertaba un acuerdo marco entre los proveedores y la entidad adjudicadora; en la segunda, se adjudicaban contratos en forma de pedidos. Se señaló que los acuerdos marco no se habían regulado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, debido en parte a que en esa época raras veces se recurría a ellos. Sin embargo, ante el auge que actualmente experimentaban y ante las ventajas que suponían (principalmente la reducción de los gastos administrativos y de operaciones y de su duración, así como el hecho de que aseguraban el suministro), el Grupo de Trabajo decidió regularlos en el proyecto de texto revisado. Se preveían tres variantes. La

primera consistiría en un acuerdo marco "cerrado", es decir, un acuerdo concertado con uno o más proveedores y donde se fijaran las especificaciones y todos los requisitos de la contratación en el acuerdo marco, sin que hubiera un nuevo proceso competitivo entre los proveedores en la segunda etapa. El segundo tipo de acuerdo marco, también cerrado, se diferenciaba del primero en que siempre preveía más de un proveedor, en que no todos los requisitos se fijarían y se enunciarían de forma definitiva en el acuerdo marco y en que en la segunda etapa podría haber un nuevo proceso competitivo para la adjudicación del contrato. La tercera variante era el acuerdo marco "abierto", es decir, un acuerdo concertado con más de un proveedor pero al que pudieran adherirse ulteriormente otros proveedores. La segunda etapa de este tipo de acuerdos marco sería competitiva del mismo modo que el segundo tipo de acuerdos marco cerrados.

34. Se explicó ante la Comisión que en las disposiciones figurarían tanto las condiciones generales para recurrir a los acuerdos marco como los procedimientos que deberían seguirse para cada tipo de acuerdo, pero que no se fijarían los requisitos para recurrir a ellos y algunos otros aspectos. Además, se instaurarían controles para prevenir y limitar ciertos riesgos que los acuerdos marco entrañaban en la práctica, concretamente el de que se mermara la competencia a largo plazo, el riesgo de colusión entre proveedores y las dificultades para supervisar el funcionamiento de los acuerdos marco. Así, por ejemplo, se exigiría a los Estados que especificaran en su legislación la duración máxima de los acuerdos cerrados (a fin de evitar que se utilizaran para excluir a proveedores del proceso competitivo durante largos períodos). La Comisión tomó nota también de que en las disposiciones se ponía de relieve la necesidad de asegurar la transparencia en el funcionamiento de los acuerdos marco mediante el requisito de dar avisos públicos durante todo el proceso.

35. Con respecto a las listas de proveedores, el Grupo de Trabajo había reconocido su existencia y su utilización y había decidido que su administración debería estar sujeta a ciertos requisitos mínimos. En su 13º período de sesiones, llegó a la conclusión de que este tema no se abordaría en la ley modelo revisada debido a que las disposiciones flexibles de los acuerdos marco serían suficientes y eliminarían algunos de los riesgos que planteaban las listas. Las razones por las que se había llegado a esta conclusión se especificarían en la guía para la incorporación al derecho interno, y en la que se plantearían las reservas que suscitaba la utilización de esas listas, como la falta de transparencia y las restricciones para el acceso al mercado, lo cual podría producirse incluso cuando se hubieran establecido controles como, por ejemplo, procedimientos de inscripción permanentemente abiertos y sencillos, y aun en el caso de que se quisiera dar un carácter facultativo a las listas.

36. En cuanto a las ofertas anormalmente bajas, que podrían entrañar un riesgo en el cumplimiento del contrato, el Grupo de Trabajo había decidido que ese riesgo podía plantearse en cualquier procedimiento de contratación (si bien inicialmente consideró que se planteaba en el contexto de las subastas electrónicas inversas). Por consiguiente, el Grupo de Trabajo recomendaba que en las disposiciones de la ley modelo revisada se requiriera a la entidad adjudicadora que investigara toda oferta sospechosa de ser anormalmente baja. La entidad adjudicadora solo podría rechazar una oferta después de realizar tal investigación y de llegar a la conclusión de que la oferta era anormalmente baja y de que entrañaba riesgos para la ejecución del contrato. Se señaló que la limitación de esta facultad de la entidad adjudicadora

constituía un factor importante que aseguraba un trato igual y equitativo entre los proveedores.

37. El Grupo de Trabajo había reconsiderado las disposiciones que regulaban la contratación de servicios, otros posibles métodos de contratación y la incidencia de estos en la simplificación y normalización de la ley modelo revisada. El Grupo de Trabajo decidió de forma preliminar mantener en el texto todas las opciones para la contratación de servicios, dando mejores orientaciones para recurrir a ellas. No obstante, al examinar la cuestión se observó que los procedimientos para la contratación de servicios que preveían distintos artículos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública eran prácticamente idénticos y que solo se diferenciaba de ellos un procedimiento de selección de servicios: el procedimiento de selección con negociaciones consecutivas. Habida cuenta de tan importante solapamiento, el Grupo de Trabajo se había planteado la necesidad de mantener en el texto revisado todos los métodos. Por consiguiente, la revisión de todos los métodos de contratación pasó a ser un elemento primordial para la simplificación y normalización de la ley modelo revisada.

38. Algunas delegaciones habían formulado una propuesta sobre un método de contratación negociada aplicable a cualquier tipo de contratación, que se denominaría "solicitud de propuestas con diálogo competitivo", cuyos resultados se presentaron a la Comisión como nuevo método de contratación. La Comisión observó que las principales características de este eran: la previsión de una suficiente flexibilidad en el método (que, según se opinaba, propiciaría un óptimo rendimiento del dinero) estableciendo al mismo tiempo procedimientos para evitar el riesgo de que se abuse del poder discrecional conferido; la garantía de una transparencia suficiente sin perjuicio de toda la flexibilidad necesaria; y la determinación de modos en que la entidad adjudicadora pudiera controlar el número de proveedores con los que negociaría (por ejemplo, mediante una preselección, una evaluación de la idoneidad de las ofertas o la exclusión de soluciones). También se señaló ante la Comisión la importancia de que se determinaran los aspectos de la contratación que podrían negociarse durante la fase de diálogo.

39. La Comisión observó que cabría mantener en el texto revisado otros métodos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (inclusive la negociación competitiva, la licitación en dos etapas y, tal vez, las negociaciones consecutivas) para aplicarlos a determinadas circunstancias (como en una negociación competitiva en caso de contratación urgente), y que la necesidad de prever esos métodos se evaluaría en función de sus diferencias y de cómo se aplicaban a circunstancias distintas del nuevo método de contratación propuesto.

40. Además, el Grupo de Trabajo había reexaminado los requisitos para recurrir a otros posibles métodos y había recomendado que se exigiera la aplicación del método más competitivo que hubiera. Así pues, la convocatoria (internacional) abierta a licitación debería aplicarse con carácter supletorio, a menos que se justificara la licitación restringida o nacional y, por ejemplo, cuando fuera posible, en casos urgentes, en vez de recurrir a la contratación con un único proveedor habría que dar prioridad a la negociación competitiva. Se indicó que los textos reformulados se finalizarían una vez se hubiera concluido el examen de los diversos métodos de contratación y de sus aplicaciones. Se dijo ante la Comisión que en ese examen se determinaría también si el número resultante de métodos de contratación era óptimo.

41. Se describieron otros aspectos de la labor del Grupo de Trabajo en lo que respecta a la simplificación y normalización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. En primer lugar, se había reconsiderado la exención general de las contrataciones en cuestiones de defensa y seguridad nacional, pues no todas ellas eran delicadas o de carácter confidencial. Con ello se pretendía que, en su caso, los sectores de defensa nacional y seguridad nacional entraran en el ámbito general de la ley modelo revisada, para promover así un régimen de contratación armonizado válido para diversos sectores del Estado promulgante. No obstante, se requerirían modificaciones apropiadas que se habían propuesto en el proyecto de texto revisado, como las obligaciones de transparencia, basándose en las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, a fin de dar cabida a los tipos de contratación de carácter delicado o confidencial.

42. Se explicó ante la Comisión que, en el proyecto de ley modelo revisada que figuraba en las adiciones del documento A/CN.9/WG.I/WP.69 ("el proyecto de ley modelo revisada"), se habían ampliado las disposiciones generales del capítulo I que, en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, solo eran aplicables a los procedimientos de licitación pero que, de hecho, eran de aplicación general. La Comisión señaló que esas normas regulaban la elección del método de contratación y de la licitación abierta o directa, la descripción de la contratación (las especificaciones y otras condiciones), los criterios de evaluación, las garantías de las ofertas, los procedimientos de precalificación, el carácter confidencial y la aceptación de una oferta, y la entrada en vigor del contrato adjudicado. También cabría agregar al capítulo I otras cuestiones como las solicitudes de manifestaciones de interés y las reglas generales sobre las aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones.

43. Se observó que en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública se había hecho una distinción entre la contratación de bienes u obras, por un lado, y de servicios, por otro. Se explicó a la Comisión que en el proyecto de la ley modelo revisada, que figuraba en las adiciones del documento A/CN.9/WG.I/WP.69, se seguía un enfoque diferente en que se distinguían las contrataciones simples de las más complejas. Por ejemplo, uno de los factores determinantes al elegir el método de contratación adecuado sería si podía determinarse y evaluarse fácilmente el objeto de la contratación, independientemente de que se tratara de bienes, obras o servicios. El método supletorio de la licitación (que requiere que se concreten de antemano las especificaciones y los criterios de evaluación) no cambiaría, pero si no fuera posible formular especificaciones o características detalladas desde el principio del proceso de contratación ni evaluar ofertas en función de criterios cuantificables, en la contratación podría recurrirse al diálogo con el mercado o a negociaciones (mediante la licitación en dos etapas o la solicitud de propuestas con diálogo competitivo). La contratación de artículos de escaso valor, sencillos o normalizados podría realizarse mediante un procedimiento de solicitud de cotizaciones o una subasta electrónica inversa. Se destacó el hecho de que permanecía en el texto una disposición fundamental de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, según la cual el recurso a la contratación con un único proveedor solo se justificaría en circunstancias excepcionales, y se invitaría a la Comisión a que reforzara las salvaguardias para que esas circunstancias se evaluaran de manera objetiva.

44. En lo que respecta a la evaluación y comparación de ofertas, el Grupo de Trabajo había formulado un único conjunto de requisitos para los criterios de evaluación que sustituirían a varias disposiciones incoherentes e incompletas que figuraban en varias partes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Lo esencial de estas disposiciones era que esos criterios deberían ser de interés para el objeto de la contratación y, en la medida de lo posible, objetivos y cuantificables, y que deberían divulgarse al principio del proceso de contratación (junto con su ponderación relativa, los límites mínimos y los eventuales márgenes de preferencia, y la forma en que se aplicarían los criterios, los márgenes, las ponderaciones relativas y los límites mínimos). Se observó que con ello se pretendía que las ofertas pudieran evaluarse objetivamente y compararse en función de un criterio común.

45. En lo que respecta al uso de la contratación para fomentar políticas industriales, sociales y ecológicas (en particular, para proteger la economía nacional), el Grupo de Trabajo había estudiado la forma en que se trataba la cuestión en el proyecto de ley modelo revisada. Se señaló que la Comisión examinaría este tema remitiéndose a documentos anteriores que tenía a su disposición en el actual período de sesiones, así como la cuestión de si los factores socioeconómicos deberían tratarse como criterios de evaluación con todas las reglas de transparencia y objetividad que les fueran aplicables o como criterios de calificación (conforme a la práctica seguida en algunos Estados que tenían programas de exclusión).

46. Respecto de las vías de recurso en la contratación pública, el Grupo de Trabajo había decidido reforzar las disposiciones de la Ley Modelo de 1994 a fin de ajustarlas a las de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[17], previendo un sistema obligatorio de reconsideración independiente y suprimiendo las exenciones de la reconsideración previstas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. El Grupo de Trabajo también había recomendado que se introdujera un período de suspensión entre el momento en que se determinara la oferta ganadora y la entrada en vigor del contrato adjudicado, a fin de que el procedimiento de reconsideración pudiera tener eficacia. Según se señaló, aún no se había ultimado la cuestión de las medidas otorgables en procedimientos administrativos.

47. Con respecto a otras cuestiones que se había decidido tratar en la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, se informó de que:

a) En lo relativo a la participación comunitaria en la contratación, se observó que, si bien la cuestión no entraba en el ámbito de la ley modelo, ya que se refería principalmente a las fases de planificación y ejecución, dada la creciente importancia de la participación de la comunidad local y teniendo en cuenta la posible necesidad de legislación de habilitación, el Grupo de Trabajo había asegurado que la ley modelo revisada no pondría obstáculos a tal participación en la contratación relacionada con proyectos y que en la guía se daría una mayor orientación;

[17] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 2349, núm. 42146.

b) Se recordó que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública permitía a las entidades adjudicadoras requerir la legalización de los documentos de todos los proveedores, lo cual podía llevar tiempo y resultar costoso para estos. Además del efecto disuasorio, el incremento de una parte o de la totalidad de los gastos generales para los proveedores podría repercutir en los costos de las entidades adjudicadoras. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo recomendó que se enmendaran las disposiciones de la Ley Modelo de 1994 sobre la Contratación Pública para que la entidad adjudicadora pudiera requerir la legalización de documentación únicamente al proveedor con la oferta ganadora;

c) En relación con los conflictos de interés, habida cuenta de que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción requería sistemas de contratación pública que regularan esos conflictos y declaraciones de interés, y teniendo en cuenta que en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública no se abordaban, el proyecto de ley modelo revisada se había ampliado para poder regularlas oportunamente.

48. La Comisión hizo suya la sugerencia relativa al establecimiento de un comité plenario encargado de examinar, en el actual período de sesiones, el proyecto de ley modelo revisada. La Comisión decidió también que, en su labor, el Comité tratara las cuestiones de la contratación en el sector de la defensa nacional y de la consideración de los factores socioeconómicos en la contratación pública. Algunas delegaciones subrayaron la importancia de la orientación que diera la CNUDMI en esas cuestiones, en particular sobre el modo de proteger los intereses nacionales y de tratar las contrataciones de carácter delicado sin que con ello se minaran los objetivos de la ley modelo.

C. Informe del Comité Plenario sobre su consideración del proyecto de ley modelo revisada

Artículo 1. Ámbito de aplicación

49. El Comité tomó nota de que se había revisado este artículo a raíz de la decisión del Grupo de Trabajo de que se incluyera al sector de la defensa nacional en el ámbito de la ley modelo revisada. No se hizo comentario alguno a este respecto. Ahora bien, se sugirió que se enmendaran varios artículos del proyecto de ley modelo revisada para que regularan los tipos de contratación pública en sectores delicados.

50. El Comité decidió que se volviera a examinar esta propuesta al estudiarse cada uno de los artículos pertinentes (véanse también los párrafos 100 a 119, 123 a 137 y 253 a 266).

Artículo 2. Definiciones

51. Se observó que el artículo 2 tenía por objeto definir, sin carácter exhaustivo, ciertos términos de uso corriente en la ley modelo revisada. Se partió del entendimiento de que se complementaría este artículo con un glosario más completo que el que figuraba en la ley modelo.

52. Se apoyó la idea de que las definiciones del artículo 2 se insertaran por orden alfabético en cada idioma.

53. Se advirtió que no convendría sustituir términos bien conocidos y de uso corriente en muchos países por nuevos términos. Se advirtió además que la lista de definiciones no debería ser demasiado larga.

Apartado a)

54. Se señaló que era importante que hubiera coherencia entre el título y la definición enunciada en el apartado a). Por consiguiente, se propuso que, en la versión inglesa, el texto dijera, en vez de "*procurement*", "*public procurement*", y que esa enmienda se aplicara coherentemente en todo el texto de la ley modelo revisada. Se respondió que el término "*procurement*" solo pretendía hacer referencia al proceso de contratación y que, por lo tanto, no hacía ninguna distinción, en este contexto, entre la contratación pública y la privada. Se señaló además que esa distinción estaba incorporada a la definición de "entidad adjudicadora". Así pues, se sugirió que esta cuestión fuera tratada en un glosario, y no en el artículo 2. El Comité aprobó esta última sugerencia.

Apartado e): "garantía [de oferta]"

55. Respecto del apartado e) se expresó inquietud frente al empleo del término "garantía de oferta" en vez de "garantía de licitación". Se dijo que la garantía de licitación era un concepto bien conocido en la contratación pública mientras que la expresión que aquí se define puede resultar confusa y poco expresiva. Se dijo, en sentido contrario, que debía retenerse el término "garantía de oferta" al haberse introducido el término "oferta" en el apartado g) (véanse los párrafos 58 a 60 *infra*). Se insistió en la necesidad de que se utilizaran coherentemente unos mismos términos en todo el texto de la ley modelo revisada. Se sugirió que en aras de la claridad y de la secuencia lógica de las definiciones, convendría que la definición de "oferta" se insertara antes de la definición de "garantía de oferta".

56. Algunos delegados abogaron por hablar de "garantía de licitación u otra garantía" en vez de "garantía de oferta". Se propuso también la expresión "garantía de buena ejecución del contrato adjudicado". Se sugirió, como solución de avenencia, utilizar el término "garantía de [de oferta] [licitación u otra garantía]" dejándose a cada Estado promulgante la posibilidad de elegir el término que procediera en su derecho interno (véase el párrafo 176 *infra*).

57. Se expresó el temor de que una lectura conjunta de los apartados e) y g) diera a entender que tal vez se hubiera de presentar más de una garantía de oferta en un solo proceso de adjudicación en el que se presentaran más de una oferta, propuesta o cotización. Se sugirió que se aclarara en la guía que las disposiciones no debían interpretarse así.

Apartado g): "oferta(s)"

58. Se apoyó el empleo de un nuevo término genérico y colectivo que abarcara toda oferta, licitación, propuesta, cotización o puja.

59. Se cuestionó la conveniencia del término actual para dicho fin. Se habló de la dificultad de traducir y de emplear el nuevo término inglés "*submission*". Se sugirió hablar de "licitación", que era un término colectivo y genérico en muchos países. Se sugirió igualmente el término "suministrar". Prevaleció la opinión de que no procedía volver a enmendar el texto actual a este respecto.

60. Durante las subsiguientes deliberaciones, se consideró que, habida cuenta de la solución de transacción consistente en sustituir las palabras "garantía de oferta" por "garantía [de oferta] [de oferta u otra garantía]" (véase el párrafo 56 *supra*), habría que sustituir la palabra "oferta" por las palabras "licitación u otra oferta". No obstante, algunas delegaciones expresaron reservas sobre el cambio propuesto, ya que, según ellas, la utilización de esta definición propuesta en toda la ley modelo revisada desvirtuaría el significado de algunas disposiciones.

Apartado m): "convocatoria directa"

61. Se expresó el temor de que el texto de la definición de "convocatoria directa" diera a entender que la entidad adjudicadora podría decidir a su antojo cuáles serían los destinatarios de su convocatoria. Se sugirió entonces reformular esa definición como sigue: "toda convocatoria que vaya dirigida al (a los) proveedor(es) o contratista(s) elegido(s) por la entidad adjudicadora".

62. Otra sugerencia que obtuvo notable apoyo en el Comité fue la de que se sacara esta definición del artículo 2, dado que su presencia en ese artículo colocaba a la convocatoria directa en pie de igualdad con la convocatoria abierta, privándosele así de su carácter propiamente excepcional.

63. No obstante, subsiguientemente, se decidió mantener en el artículo 2 la definición enmendada de "convocatoria directa" que se había propuesto (véase el párrafo 61 *supra*), agregándole una referencia al carácter excepcional de la convocatoria directa. Se estimó que esta solución se ajustaría a los criterios normales de redacción, consistentes en mantener todas las definiciones en un único artículo, con lo cual se facilitaría la comprensión de los artículos subsiguientes en que aparecía el concepto de "convocatoria directa", como en el párrafo 6) del artículo 7.

Apartados n) a s): definiciones relativas a los acuerdos marco

64. Se apoyó el mantenimiento de esas definiciones en el artículo 2, ya que ello ayudaría a familiarizar desde el principio a los usuarios de la ley modelo revisada con la terminología de este nuevo método previsto en la versión revisada de la ley modelo.

65. En sentido contrario se dijo que esas definiciones deberían trasladarse a la sección de la ley modelo revisada dedicada a los acuerdos marco. Se propuso también mantener en el artículo 2 solo la definición del apartado n) y trasladar las definiciones de los apartados o) a s) a la sección relativa a los acuerdos marco. Se observó a este respecto que la práctica usual consistía en colocar todas las definiciones en un solo lugar y al comienzo del instrumento y no dispersarlas por todo el texto. Otro enfoque sugerido fue el de que los apartados o) a s) figuraran como incisos del apartado n).

66. Se hicieron observaciones flexibles acerca de las diversas opciones sugeridas y se propuso al Comité que, a fin de agilizar su tarea, remitiera esas cuestiones y otras cuestiones similares de carácter no sustantivo a un grupo de redacción creado a dicho fin. Se recordó entonces la práctica de la CNUDMI de crear grupos de redacción y de conferirles un mandato, mencionándose en particular que se encomendaban a los grupos de redacción cuestiones puramente de forma, con el

objetivo principal de velar por la paridad entre las versiones definitivas de un instrumento en los diversos idiomas.

Apartado t): "enmienda de fondo en la descripción del objeto del contrato o en toda otra condición del contrato adjudicable"

67. Se apoyó que se mantuviera esta definición en la ley modelo revisada, y que en la versión inglesa se empleara la palabra "would", en vez de "could". Se estimó que el término "would" daba mejor la idea de que no se trataba de la posibilidad teórica de que una enmienda tuviera cierto resultado sino de que esa enmienda tendría tal resultado.

68. Se sugirió también que se sustituyera los términos "enmienda de fondo" por "enmienda esencial". El Comité tomó nota de que se habían examinado las diferencias entre ambas expresiones en el Grupo de Trabajo, donde se decidió que las palabras "enmienda de fondo" eran más flexibles y más apropiadas en el contexto indicado.

69. Se observó que se empleaba un concepto similar en el proyecto de artículo 32 2) b), pero en un contexto distinto. Se preguntó, por ello, si era aconsejable que el artículo 2 hablara únicamente de una "enmienda de fondo" en el contexto de un acuerdo marco. Se respondió que se habría de reformular la definición para que resultara aplicable a toda situación en la que la entidad adjudicadora gozara de autonomía para modificar las condiciones del contrato adjudicable. A este respecto se recordaron las deliberaciones mantenidas en el contexto del método recién introducido de "diálogo competitivo". Se dijo que sería preferible ocuparse del concepto de "enmienda de fondo" en el contexto particular en que se utilizara, en vez de dar una definición genérica de ese concepto en el artículo 2.

70. En respuesta a otra pregunta se confirmó que los resultados de la enmienda indicados en la definición eran alternativos y no acumulativos, lo cual debería quedar claro en las traducciones a todos los idiomas oficiales.

71. El Comité aplazó el examen de esta definición hasta que fuera reformulada. Se sugirió que en la presente etapa se estudiara la conveniencia de mantener esa definición en el artículo 2, o si era preferible aclarar el concepto de "enmienda de fondo" en otras disposiciones.

Definiciones adicionales

72. Se expresó el parecer de que sería conveniente insertar en el artículo 2 una definición de la subasta electrónica inversa, así como de otros términos de empleo recurrente en el marco de esta nueva técnica de contratación.

73. En respuesta a una sugerencia de que se definiera en el artículo 2 no solamente la subasta electrónica inversa sino también la subasta convencional, se recordó al Comité que el Grupo de Trabajo había decidido no definir la subasta ordinaria, por ser un método que entrañaba graves riesgos de la colusión entre los concursantes (véase el párrafo 32 *supra*).

74. Se pidió a la Secretaría que propusiera una lista de términos suplementarios que convendría definir en el artículo 2 habida cuenta del examen por el Comité del proyecto de ley modelo revisada. El Comité dio por supuesto que tendría que

pronunciarse sobre el contenido de cualquier definición adicional que deseara dar. Algunas delegaciones se opusieron a que se agregaran nuevas definiciones al texto por estimar que ello retrasaría el examen del proyecto de ley modelo revisada por parte del Comité. Se dio por entendido que no se insertaría ninguna nueva definición en el artículo 2, salvo que ello fuera necesario y no implicara el riesgo de que no se lograra el objetivo de concluir el proyecto en el actual período de sesiones de la Comisión.

Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado en materia de contratación pública [y acuerdos entre unidades territoriales autónomas en el interior (del Estado)]

75. Se cuestionó la procedencia de que una parte del título figurara entre corchetes, al igual que en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Se argumentó que el texto entre corchetes se refería al contenido del apartado c) del artículo, apartado que no figuraba entre corchetes. Se indicó que convendría velar por la coherencia interna de cada artículo. Si estaba previsto que el artículo regulara únicamente las obligaciones internacionales, debería suprimirse el texto entre corchetes del título, así como el apartado c) que trataba de cuestiones puramente internas de un Estado federal. Ahora bien, si se deseaba que el artículo regulara tanto los acuerdos internacionales como los acuerdos concertados entre un Estado federal y las entidades federadas, también debería figurar entre corchetes el apartado c) del artículo. Se observó que tal vez convendría explicar en la guía que esos dos textos entre corchetes interesaban únicamente a los Estados federales.

76. Se cuestionó la procedencia de este artículo en su totalidad. Se sostuvo que su texto abordaba cuestiones que serían de orden constitucional en el Estado promulgante, por lo que no eran cuestiones de rango legislativo que debieran figurar en la ley modelo revisada. Se respondió que ese punto ya fue examinado al prepararse la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y que, no obstante, se decidió incluir las disposiciones en la Ley Modelo por ser cuestiones de valor operativo. Se recordó que, al autorizar la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI, la Comisión dio orden de que no se alteraran sus principios básicos. Se estimó que en el artículo 3 se enunciaba uno de tales principios, por lo que se sugirió que tal vez debiera advertirse en la guía o en una nota de pie de página que cada Estado promulgante debería tal vez adaptar el contenido de este artículo a su propia norma constitucional. Con respecto al párrafo b), se señaló en particular el requisito probable de que todo “acuerdo concertado” hubiera de ser ratificado por su parlamento, y no únicamente firmado, para ser vinculante para dicho Estado promulgante.

77. Si bien varias delegaciones apoyaron esa sugerencia, otras consideraron que no tenía en cuenta la preocupación expresada, a saber, que el contenido del artículo 3 en su forma actual no era adecuado para una ley sobre contratación pública, pues entraba en consideraciones constitucionales. Se subrayó que era inapropiado que una ley modelo regulara la jerarquía entre el régimen nacional de la contratación pública y los tratados internacionales o las obligaciones bilaterales.

78. Predominó la opinión de que deberían mantenerse las disposiciones en el texto de la ley modelo revisada, pero que en la guía debería advertirse a los Estados promulgantes que no deberían dar vigor a este artículo si sus disposiciones entraban en conflicto con su derecho constitucional. El Comité consideró que debía

mantenerse el texto que figuraba entre corchetes en el título del artículo, y que también debería ponerse entre corchetes el párrafo c) a fin de poner de relieve que esas disposiciones eran solo pertinentes en el contexto de los Estados federales.

Artículos 4 y 5

79. No se formuló ninguna observación respecto de estos artículos, que se consideraron globalmente aceptables.

Artículo 6. Información sobre contratos próximamente adjudicables

80. Se apoyó la sugerencia de que, en la versión inglesa de este artículo, se sustituyera el verbo "*obligate*" por "*oblige*".

81. El Comité tuvo a su disposición una propuesta de párrafo suplementario del artículo 6 cuyo texto era el siguiente:

> "2) La entidad adjudicadora podrá enviar una solicitud de manifestaciones de interés antes de entablar un proceso de contratación en virtud de la presente Ley. [Esa solicitud deberá publicarse en … (el Estado promulgante indicará aquí la gaceta u otra publicación oficial donde ha de aparecer la solicitud). La solicitud deberá también publicarse, en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación comercial del sector o en una revista técnica o profesional pertinente de amplia difusión internacional. [, excepto cuando la participación en el proceso de contratación pública esté limitada únicamente a proveedores o contratistas nacionales de conformidad con [los incisos i) y ii) del apartado c) del párrafo 6) del artículo 7].] La solicitud o las respuestas que suscite no conferirán a los proveedores o contratistas ningún derecho, ni siquiera el derecho a que se evalúen sus propuestas; el aviso tampoco obligará a la entidad adjudicadora a hacer pública una solicitud."

82. Se formuló una pregunta acerca del lugar en que se insertarían las disposiciones en este artículo, en vez de que figuraran en los artículos que regulan el procedimiento para la solicitud de propuestas, en los que por lo común se preveía la etapa de la solicitud de manifestaciones de interés (el concepto de solicitud de manifestaciones de interés ya figuraba en los artículos 37 y 48 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública). Se informó al Comité acerca de las deliberaciones que tuvieron lugar a este respecto en el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo (Nueva York, 26 a 29 de mayo de 2009), en cuya ocasión se decidió que las solicitudes de manifestaciones de interés podían ser pertinentes en cualquier otro método de contratación, si bien podrían ser más habituales en los procedimientos con solicitud de propuestas. A fin de evitar confusiones con la terminología ya muy empleada en el contexto de las solicitudes de propuestas, acabó obteniendo apoyo la sugerencia de que, en el párrafo propuesto, se estudiara la posibilidad de sustituir la expresión "solicitud de manifestaciones de interés" por "aviso para las partes eventualmente interesadas" u otra expresión similar.

83. A juicio de una delegación, debería dejarse el proyecto de artículo 6 en su forma actual sin agregarle nuevas disposiciones (que en cualquier caso eran optativas y no imponían ninguna obligación jurídica). Esta opinión se subrayó argumentando que las palabras del proyecto de artículo 6 "información sobre los contratos adjudicables" podían interpretarse en sentido muy amplio y llegar a

abarcar el significado que quería darse al nuevo proyecto de párrafo 2). Se puso de relieve el notable solapamiento entre las disposiciones existentes del proyecto de artículo 6 y el texto del nuevo proyecto de párrafo 2) *supra*.

84. La otra opinión, que finalmente prevaleció, era que el nuevo proyecto de párrafo 2) tenía otra aplicación y que debería agregarse al proyecto de artículo 6, y que en la guía debería aclararse cómo funcionarían en la práctica los párrafos 1) y 2) del artículo 6. Se explicó que, en algunos Estados, los pasos descritos en ambos párrafos podían formar parte del proceso de contratación, podían preceder de inmediato a dicho proceso o podían constituir simplemente una medida en el marco de un plan a largo o a mediano plazo.

85. Se formuló una reserva en contra de que se mantuviera el proyecto de artículo 6 en caso de agregársele el proyecto de párrafo 2). Se puso de relieve el carácter optativo de los dos párrafos del proyecto de artículo 6. Por consiguiente, se observó que sería más apropiado trasladarlos del proyecto de ley modelo revisada al texto de la guía, como ejemplos de prácticas óptimas en la planificación de la contratación y en la investigación del mercado. Se sugirió también que esas disposiciones se mantuvieran entre corchetes para ser examinadas ulteriormente. Hubo opiniones en contra de esa propuesta, pues se consideraba que las disposiciones ya se habían examinado debidamente en varias ocasiones y que reflejaban la opinión predominante entre las delegaciones.

86. Prevaleció la opinión de que se mantuvieran en el texto de la ley modelo revisada los dos párrafos propuestos del artículo 6 junto con las enmiendas convenidas en el actual período de sesiones (véanse los párrafos 80 y 82 *supra*). Se subrayó el valor que tenían esas disposiciones en la ley modelo revisada haciendo referencia a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, por asegurar la transparencia en todo el proceso y eliminar toda posición de ventaja de uno u otro proveedor o contratista que, de otro modo, podría tener acceso a las fases de planificación de la contratación de forma poco transparente. Se consideró que en la guía deberían explicarse esta cuestión y las razones para incluir estas disposiciones en el texto para su aplicación general a todos los métodos de contratación previstos en el capítulo I.

87. Se expresó preocupación por las cargas financieras que las disposiciones imponían a las entidades adjudicadoras debido a la publicación del texto sobre papel. Se propuso que, en vez de especificarse que la información debería publicarse en un diario, se dispusiera que la información "se hiciera accesible". Frente a esta propuesta se argumentó que, en virtud del artículo 8, que preveía la equivalencia funcional entre diversos medios de publicación, la referencia a un diario ya implicaría medios con soporte de papel u otros medios a la vez. Al final, se decidió trasladar a la guía las frases segunda y tercera del proyecto de párrafo 2).

Artículo 7. Reglas relativas a los métodos, técnicas y procedimientos de contratación y tipos de convocatoria

Párrafo 3)

88. Se recordó que el Grupo de Trabajo había acordado emplear, en el párrafo 3) de este artículo, la expresión "eficiencia económica". Se sugirió que como uno de los objetivos de la ley modelo revisada, que figuraba en su preámbulo, era "alcanzar

una máxima economía y eficiencia en la contratación pública", se eligiera la expresión que debiera emplearse teniendo en cuenta esta disposición del preámbulo.

89. Algunos delegados afirmaron que no acertaban a comprender el sentido de la expresión "eficiencia económica" y que preferían los términos "economía o eficiencia" o "economía y eficiencia". A juicio de una delegación, el término "economía" implicaba que la utilización de un determinado método de contratación resultaría menos costosa, mientras que el término "eficiencia" implicaba que un método de contratación requeriría menos tiempo. Se sostuvo que el logro de ambos objetivos sería suficiente para justificar el recurso a otros métodos de contratación previstos en el capítulo III de la ley modelo revisada. Si bien otra delegación compartía esta opinión, se estimó que con los términos "eficiencia económica" se lograba el equilibrio conveniente entre las consideraciones de tiempo y de costos. Se sugirió que en la guía se dieran más explicaciones al respecto.

90. Se expresó la opinión de que, sea cual fuera la expresión que se decidiera emplear para dar a la disposición el significado deseado, esta debería figurar o bien únicamente en el párrafo 3) del artículo 7 o, además, en todos los artículos del capítulo III. Se prefirió la primera opción por considerarse que en el párrafo 3) del artículo 7 se enunciaban los requisitos generales que justificaban el recurso a las disposiciones del capítulo III. Por lo tanto, independientemente de cuáles fueran esos requisitos, resultarían aplicables a todos los métodos de contratación previstos en ese capítulo.

91. Según la opinión general, en el artículo 7 no deberían enunciarse las condiciones específicas para recurrir a distintos métodos de contratación, sino que deberían enunciarse en los artículos que regularan cada método de contratación pertinente. Se consideró que en el artículo 7 deberían especificarse las condiciones generales que justificaran el recurso: a) a los métodos de contratación previstos en el capítulo III en lugar de la licitación; y b) a los métodos de contratación previstos en el capítulo IV en lugar de la licitación y a los métodos del capítulo III.

92. Algunas delegaciones estimaron que la eficiencia económica era el principal requisito para recurrir a los métodos de contratación previstos en el capítulo III en vez de la licitación, mientras que se consideró el hecho de que no poder definir especificaciones ni establecer criterios de evaluación cuantificables o expresados en dinero constituían la principal condición para recurrir a los métodos de contratación del capítulo IV.

93. El Comité examinó la propuesta de que en el párrafo 3) revisado se enunciara el siguiente principio: "Cuando la entidad adjudicadora estuviera obligada a recurrir a un procedimiento de licitación en virtud del párrafo 1) del presente artículo, pero estimara que, por razones de eficiencia económica, sería más apropiado recurrir a un método especificado en el capítulo III, podría hacerlo [si se cumplen las condiciones para recurrir al método de contratación pertinente del capítulo III] [únicamente de conformidad con los requisitos exigidos para recurrir a tal método de contratación]". Se consideró que en la guía habría que dar orientación sobre la relación del párrafo 3) con los párrafos 1) y 4).

94. Se formuló la pregunta de si la idea que se proponía plasmar en el párrafo 3) del artículo eliminaría la diferencia principal que existía entre las condiciones para recurrir a los métodos de contratación del capítulo III y los requisitos para recurrir a los métodos previstos en el capítulo IV. Se consideró esencial mantener la idea de

que tanto la licitación como los otros métodos de contratación distintos de la licitación previstos en el capítulo III estaban sujetos a las mismas condiciones, a saber, que pudiera darse una descripción detallada del objeto de la contratación y que pudieran establecerse criterios de evaluación cuantificables o expresados en dinero, y que esas dos condiciones no se cumplirían en el caso de los métodos de contratación previstos en el capítulo IV.

95. A juicio de algunas delegaciones, la eficiencia económica no era el principal motivo para recurrir a todos los métodos de contratación regulados en el capítulo III. Por ejemplo, el recurso a la licitación con dos sobres se justificaba por otras consideraciones, y el recurso a la solicitud de cotizaciones se justificaba solo implícitamente por consideraciones de eficiencia económica. Así pues, se examinó si era o no conveniente que en el párrafo 3) del artículo 7 se dispusiera que la eficiencia económica era la condición general para recurrir a todos los métodos de contratación del capítulo III. A raíz de ello, se sugirió que en el párrafo se suprimieran las palabras "pero no proceda abrir un proceso de licitación por razones de eficiencia económica [economía y eficiencia] [economía o eficiencia]" de modo que el texto íntegro del párrafo fuera el siguiente:

> "Siempre que sea posible dar a conocer una descripción detallada del objeto del contrato adjudicable y definir los criterios de evaluación en términos cuantificables o monetarios, la entidad adjudicadora podrá recurrir a uno de los métodos de contratación pública a que se hace referencia en el capítulo III de la presente Ley, siempre que se den las condiciones requeridas para utilizar ese método, conforme a lo indicado en el capítulo III."

96. En vista de la relación existente entre las disposiciones del párrafo 3) y las del capítulo III, se decidió aplazar el examen del párrafo y estudiarlo conjuntamente con las disposiciones pertinentes del capítulo III.

Párrafo 4)

97. En vista de la relación existente entre las disposiciones de este párrafo con las del capítulo IV, se decidió aplazar el examen del párrafo y estudiarlo conjuntamente con las disposiciones pertinentes del capítulo IV.

Párrafo 5)

98. Se decidió mantener en el texto la palabra "autónomo" y suprimir las palabras "si procede".

Párrafo 6) a) - encabezamiento

99. Predominó la opinión de que deberían eliminarse del texto las palabras "A reserva de lo dispuesto en el artículo 24 de la presente Ley".

Párrafo 6) a) ii)

100. Se reconoció que esas disposiciones tenían la finalidad de dar cabida a tipos delicados de contratación como los que habitualmente se realizaban en el sector de la defensa nacional. La propuesta se había redactado con el fin de eliminar toda ambigüedad en la utilización del término "confidencialidad" en el texto sustituyendo el enunciado por un texto del siguiente tenor: "La convocatoria directa

sea necesaria por razones fundamentales de seguridad nacional o por sus fines esenciales de defensa nacional". Se señaló que la propuesta afectaría también al párrafo 7 a) iv), en el que se hacían las mismas consideraciones.

101. En este contexto se hizo referencia al artículo XXIII 1) del Acuerdo sobre contratación Pública de la OMC de 1994[18] y al artículo III del Acuerdo sobre Contratación Pública revisado de la OMC de 2006[19]. Se afirmó que ambos artículos permitían hacer excepciones al principio de la transparencia para proteger intereses de seguridad esenciales, cuando se tratara de la adquisición de armas, municiones o material de guerra o de contrataciones indispensables para la seguridad nacional o para objetivos de defensa nacional. Se consideró importante tener en cuenta estas disposiciones.

102. El Comité observó que, sin embargo, el texto propuesto tal vez no fuera lo suficientemente amplio para abarcar las contrataciones en temas delicados al margen del sector de la defensa, como las de vacunas en situaciones de pandemia. Se señaló que en los textos de 1994 y de 2006 del Acuerdo se hacía una distinción entre las medidas necesarias para la seguridad nacional y la defensa nacional y las medidas necesarias, por ejemplo, para garantizar el orden público o la seguridad. Según otra opinión, el texto podría interpretarse con mayor flexibilidad, y en la guía se podrían dar ejemplos de situaciones que se pretendiera abarcar con el concepto de "seguridad nacional esencial" (como la contratación en caso de pandemia o la contratación de artículos especiales para pruebas o experimentos médicos).

103. Algunos delegados se declararon partidarios de la flexibilidad manteniendo en el texto el término "confidencialidad", a condición de que en la guía se aclarara que el término no se entendía referido a la confidencialidad respecto de información comercialmente delicada (como la relativa a secretos comerciales). En este sentido se consideró que todas las contrataciones eran confidenciales. Por consiguiente, se sugirió que en el texto se limitara el alcance del término "confidencialidad" a los secretos de Estado en cuestiones de seguridad nacional o defensa nacional.

104. Prevaleció la opinión de que habría que revisar el texto de la forma propuesta en el párrafo 100 *supra*.

Párrafo 6) b)

105. Una delegación propuso que se suprimiera el apartado b) de este párrafo habida cuenta de los cambios que se había acordado introducir en el apartado a) ii).

106. Se expresaron reparos en el sentido de que esta propuesta podría suprimir las exenciones de la aplicación de los requisitos de transparencia de la ley modelo revisada que podrían ser esenciales en contrataciones de este tipo que fueran de carácter delicado.

107. Varias delegaciones se declararon partidarias de que no se suprimieran las disposiciones, pero de que se formularan de nuevo teniendo en cuenta los cambios que se introducirían en el párrafo 6) a) ii). Por ejemplo, se sugirió que la frase inicial se sustituyera por las siguientes palabras: "cuando la entidad adjudicadora

[18] Disponible en www.wto.org/english/tratop_E/gproc_e/gp_gpa_e.htm.
[19] Disponible en www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

recurra a una convocatoria directa en situaciones como las mencionadas en el párrafo 6) a) ii)".

108. Se argumentó que esta frase estaba redactada de forma demasiado amplia y que existía el riesgo de que justificara las exenciones de la aplicación de los requisitos de transparencia en todos los casos de contratación con fines esenciales de seguridad nacional o de defensa nacional. Por consiguiente, se sugirió que esos términos se redactaran de forma más limitada de forma que solo fueran aplicables a las contrataciones mencionadas en el párrafo 6) a) ii) que la entidad adjudicadora considerara confidenciales.

109. Se propuso que la frase introductoria del apartado b) del párrafo 6) se sustituyera por el siguiente texto (que limitaría las exenciones de la obligación de divulgación a los casos estrictamente justificables): "cuando la entidad adjudicadora recurra a una convocatoria directa en las situaciones mencionadas en el párrafo 6) a) ii), y cuando esta determine, por razones de confidencialidad, que todas las disposiciones sobre divulgación enunciadas en la presente Ley, o parte de ellas, no deberían aplicarse, la entidad adjudicadora deberá consignar ...". Se observó que las mismas consideraciones serían aplicables en el contexto del artículo 7 7) c).

110. Si bien algunas delegaciones apoyaron la idea que pretendía darse con el enunciado propuesto, prevaleció la opinión de que debería evitarse el término "confidencialidad" en todo texto revisado, ya que podría justificar exenciones ilimitadas y propiciar abusos. Por consiguiente, se sugirió este otro enunciado: "Cuando la entidad adjudicadora recurra a una convocatoria directa en las circunstancias especificadas en el párrafo 6) a) ii) y cuando esas circunstancias hagan necesario no revelar la información pertinente, la entidad adjudicadora podrá decidir no aplicar los artículos [...] de la presente Ley". Según otra delegación, la frase introductoria inicialmente propuesta ("cuando la entidad adjudicadora recurra a una convocatoria directa en las situaciones mencionadas en el párrafo 6) a) ii)") (véase el párrafo 107 *supra*) era suficiente y no debería ampliarse.

111. Habida cuenta de las repercusiones que podían tener las disposiciones propuestas para los Estados promulgantes, se sostuvo con vehemencia que las disposiciones que preveían exenciones de los requisitos de transparencia de la ley modelo revisada deberían ser muy claras y deberían limitar la subjetividad de la entidad adjudicadora a lo que fuera absolutamente necesario.

112. Una delegación preguntó si todas las remisiones por las que se eximía de la aplicación de los requisitos de transparencia de la ley modelo revisada que figuraban en el texto eran apropiadas. Se señaló que el Comité debería expresar su posición respecto de cada una de esas exenciones. Por consiguiente, se invitó al Comité a que estudiara cuáles de las exenciones deberían permanecer en el texto o cuáles deberían agregarse a él: a) la exención del recurso a la licitación abierta (artículo 24 y artículo 15 2) que obliga a dar aviso público de los procedimientos de precalificación); b) la exención de la obligación de dar notificación pública sobre los proveedores o contratistas precalificados (artículo 15 9)); c) la exención de hacer pública la adjudicación del contrato (artículo 20); y d) la exención del acceso público a los expedientes pertinentes del proceso de contratación (artículo 22 2)).

113. Se formuló una pregunta acerca de si debían hacerse remisiones a los párrafos 2) y 9) del artículo 15 (precalificación), ya que se consideraba que la

convocatoria directa, conforme a la definición propuesta en el artículo 2 (véanse los párrafos 61 y 63 *supra*), implicaba la convocatoria de proveedores seleccionados, y no la precalificación. Según otra opinión, sería conveniente mantener la flexibilidad al respecto, por lo que deberían mantenerse las remisiones a esas disposiciones.

114. En opinión de algunas otras delegaciones, no sería necesario enunciar otras exenciones concretas en el párrafo 6 b), dado que esas exenciones ya estaban implícitas en el concepto de "convocatoria directa" al leerse conjuntamente con el párrafo 6) a) ii). A juicio de otras delegaciones, deberían establecerse exenciones, pero al hacerlo debería tenerse en cuenta la necesidad de compaginar los intereses de la entidad adjudicadora, al no aplicar el requisito de divulgación a información de carácter delicado por razones justificables, con la necesidad de facilitar al público una información mínima de modo que se garantizara la supervisión y el examen públicos incluso en casos de contrataciones de carácter delicado.

115. Una delegación preguntó si la entidad adjudicadora debería tener el derecho a elegir cuál de las exenciones previstas podía invocar en determinadas circunstancias. Según una delegación, el enunciado propuesto en el párrafo 109 *supra*, que hacía referencia a "todas las disposiciones sobre divulgación enunciadas en la presente Ley, o parte de ellas", daba a la entidad adjudicadora la flexibilidad necesaria para decidir invocar todas las exenciones de la divulgación o algunas de ellas.

116. Se destacó la importancia de que se preservaran las salvaguardias contra el abuso de las exenciones previstas en el texto, por ejemplo, del requisito de que la entidad adjudicadora haga constar en el expediente del proceso de contratación una declaración sobre los motivos y las circunstancias en que se basaba para justificar su decisión. Se propuso asimismo que en la guía se dieran explicaciones detalladas sobre las disposiciones, en particular sobre la importancia de las exenciones, y se pusiera de relieve que quien debía determinar si existían motivos suficientes para considerar confidencial una contratación era la entidad adjudicadora.

117. Según la opinión general, habría que redactar de nuevo las disposiciones para prever todas las opciones adecuadas en una convocatoria directa. Se opinó que sería mejor evitar por completo la mención del concepto de "convocatoria directa" en todo texto revisado.

118. Durante las subsiguientes deliberaciones se apoyó la sustitución del apartado b) del párrafo 6) por el siguiente texto: "Cuando la convocatoria se realice de conformidad con el artículo 7 6) a) ii), la entidad adjudicadora determinará las disposiciones de la presente Ley que requieran la divulgación de información que no serán aplicables, y consignará en el expediente requerido por el artículo 22 una declaración sobre [los motivos y las circunstancias] [las razones] que justifiquen tal determinación".

Párrafo 7)

119. Se propuso que, habida cuenta de las deliberaciones del Comité acerca de la contratación en el sector de la defensa nacional (véanse los párrafos 100 a 104), la Secretaría revisara el apartado a) iv) y la referencia al "interés nacional" en el apartado c).

Párrafo 8)

120. Se propuso que se suprimieran las palabras "o su recurso a una convocatoria directa". La variante que se propuso, y que obtuvo apoyo, consistía en que se redactara de nuevo el párrafo con el fin de asegurar que toda decisión de la entidad adjudicadora de recurrir a un método de contratación distinto de la licitación y toda decisión de no recurrir a la convocatoria abierta en otros métodos de contratación hubiera de consignarse y justificarse en el expediente. El Comité aplazó hasta otro momento el examen del párrafo, así como el de los párrafos restantes del artículo 7.

Artículo 8. Comunicaciones en la contratación pública

Párrafo 2)

121. Se presentó al Comité la siguiente propuesta de revisión del párrafo 2):

> "2) El intercambio de información entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora, conforme a lo previsto en [el apartado d) del párrafo 1) del artículo 14, los párrafos 6) y 9) del artículo 15, el párrafo 4) del artículo 19, el apartado a) del párrafo 2) del artículo 30, el párrafo 1) del artículo 32, ..., y, en caso de procederse a una convocatoria directa, conforme a lo previsto en el apartado a) del párrafo 6) del artículo 7,] podrá efectuarse por algún medio que no deje constancia de la información transmitida, a condición de que se dé confirmación inmediata del mensaje a su destinatario por algún medio que deje constancia de su contenido y que sea accesible para su ulterior consulta."

122. Respecto de una pregunta formulada acerca de la nota 61 de pie de página del documento A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.1, prevaleció la opinión de que debería suprimirse la remisión al párrafo 4) del artículo 19. Se encargó a la Secretaría que velara por la exactitud de las otras remisiones que se hacían en estas disposiciones.

Nuevo párrafo 3)

123. Se presentó al Comité la siguiente propuesta de un nuevo párrafo 3):

> "Cuando la contratación entrañe, requiera o contenga información no divulgable (*classified*) sobre cuestiones de defensa o seguridad nacional, la entidad adjudicadora especificará en el pliego de condiciones las medidas y los requisitos necesarios para garantizar la seguridad requerida de esa información."

124. Los patrocinadores de esta enmienda explicaron que sería necesario introducir disposiciones suplementarias en el texto para dar cabida a determinadas cuestiones que se derivaran de la inclusión de la contratación de artículos para la defensa nacional en el ámbito de la ley modelo revisada. A la pregunta de si los problemas de seguridad ya se regulaban en el párrafo 5), los patrocinadores señalaron los distintos alcances que tenían el nuevo texto propuesto y el párrafo 5).

125. Se explicó que los requisitos o medidas a que se hacía referencia en el texto propuesto eran requisitos técnicos para los proveedores o contratistas que los obligaban a asegurar la integridad de la información, como, por ejemplo, requisitos de codificación, y que permitirían a la entidad adjudicadora prescribir (por ejemplo) la categoría del funcionario encargado de recibir la información pertinente. Por otra

parte, el párrafo 5) regulaba requisitos internos a los que la entidad adjudicadora debía atenerse.

126. Varios delegados apoyaron con vehemencia la inclusión de esas disposiciones en la ley modelo revisada, pues, a su entender, sin ellas no tendría utilidad para regular la contratación en los sectores de seguridad nacional y defensa nacional.

127. Hubo delegaciones que se pronunciaron en contra de que las disposiciones propuestas se insertaran en la ley modelo revisada. Se consideró que esas nuevas disposiciones complicarían el capítulo I que, en principio, debía enunciar las disposiciones de aplicación general a la contratación pública. Se consideró que las disposiciones eran innecesarias, también porque posiblemente los Estados promulgantes ya disponían de reglamentaciones concretas para la información no divulgable del sector de la defensa o la seguridad nacional. Frente a este argumento se sostuvo que el texto propuesto se había redactado en términos amplios para no dar detalles que pudieran entrar en conflicto con otras reglamentaciones, y los patrocinadores de la enmienda consideraron que la guía explicaría que las disposiciones estaban sujetas a las reglamentaciones aplicables en cada Estado promulgante.

128. No obtuvo apoyo la propuesta de regular en un artículo o capítulo especial la contratación en los sectores de defensa y seguridad nacional. Se explicó que las cuestiones de defensa y seguridad nacional, entre otros tipos de contratación delicados, quedarían exentos de ciertos principios generales de la ley modelo revisada. En opinión de algunas delegaciones, si estas contrataciones se regulaban por separado y de forma diferente en la ley modelo revisada, se abandonaría la premisa general en la que se basaba el proyecto de ley modelo revisada, es decir, el factor importante era la complejidad de la contratación pertinente, y no el objeto de la contratación o el sector en el que tuviera lugar. Al mismo tiempo, varias delegaciones apoyaron la opinión de que una revisión general de la ley modelo revisada para dar cabida a las contrataciones de carácter delicado previendo, en su caso, exenciones de la aplicación de las reglas generales era inevitable (véanse los párrafos 253 a 266 *infra*).

129. Se convino en que el artículo 8 sería la disposición adecuada para insertar la propuesta, ya que trataba de las comunicaciones, pero se dieron muestras de flexibilidad al examinar cuál de los párrafos del artículo sería el más adecuado para la inserción de las disposiciones. No obtuvieron apoyo las sugerencias de unificar el texto propuesto con el párrafo 5), dado que tenían alcances sustancialmente distintos (véanse los párrafos 124 y 125 *supra*). Recibió un apoyo sustancial la sugerencia de agregar el texto propuesto al párrafo 3) como nuevo apartado b).

130. Esta sugerencia suscitó reparos, pues se consideró que la reubicación de las disposiciones en el párrafo 3) podría dar a entender que eran de aplicación general, y no excepcional. Se advirtió que el hecho de hacer extensivas a otros sectores las medidas justificables en los sectores de defensa y seguridad nacional podría propiciar prácticas discriminatorias. Por consiguiente, se prefirió que las disposiciones sobre esta cuestión figuraran por separado y que se sustituyeran las palabras “especificará” por “tendrá el derecho a especificar”.

131. Dado que la propuesta trataba ante todo de la información que la entidad adjudicadora debía especificar en el pliego de condiciones, prevaleció la opinión de

que se insertara, como nuevo apartado b) del párrafo 3), el siguiente texto basado en la propuesta, y no como texto separado:

> "Cuando la contratación entrañe, requiera o contenga información no divulgable sobre cuestiones de defensa o seguridad nacional, las medidas y los requisitos necesarios para garantizar la seguridad requerida de esa información;"

132. En relación con este texto, una delegación preguntó si solo habría que proteger la información no divulgable o similar de los sectores de defensa o seguridad nacional. Se apoyó la sugerencia de que se ampliara el alcance de la propuesta. Con ese fin se examinaron las siguientes sugerencias:

a) Calificar la información de "protegida" o "delicada", en vez de "no divulgable";

b) Ampliar el alcance de la información no divulgable agregando las palabras "o en cualquier otro caso" después de las palabras "defensa o seguridad nacional";

c) O bien emplear las palabras "información no divulgable [ya sea] en cuestiones de defensa o seguridad nacional o cualquier otra información que requiera protección";

d) O bien emplear las palabras "información no divulgable [como la] relativa a la defensa o la seguridad nacional"; y

e) Emplear las palabras "defensa nacional o intereses nacionales" en vez de "defensa o seguridad nacional".

133. Al estudiarse esas posibles formulaciones, se expresó la opinión de que el concepto de información no divulgable podría resultar demasiado restrictivo y que tal vez se describiría mejor este tipo de información con los términos "delicada" o "protegida". Por otra parte, se observó que el concepto de información no divulgable se entendía muy bien en los sectores interesados. Se advirtió que no convenía ampliar excesivamente el concepto de "información no divulgable". Se apoyó la sugerencia de insertar en el texto las palabras "o cualquier otra información que requiera protección", expuestas en el párrafo c) del párrafo 132 *supra*, como forma adecuada de resolver estas cuestiones.

134. En este contexto se recordó que, si se tenían en cuenta las anteriores deliberaciones del Comité sobre el artículo 7 6) a) ii) (véanse los párrafos 100 a 104 *supra*), se pretendía que el concepto de "seguridad nacional" se interpretara de forma amplia, de modo que también entrara en el ámbito de las disposiciones la protección de la salud pública, por ejemplo, en casos de pandemia. Por otra parte, se expresó la reserva de que si, a pesar de ese entendimiento, se empleaban las palabras "defensa o seguridad nacional", y aunque se interpretaran ampliamente, esas palabras tal vez no garantizarían la protección de información no divulgable o similar no relacionada con la defensa o la seguridad nacional sino con la salud pública. Por otra parte, se objetó que las palabras "o en cualquier otro caso" propiciarían un criterio discrecional sin límites con el consiguiente riesgo de abusos. Frente a este argumento se sostuvo que esta disposición regulaba solamente la protección de información no divulgable o similar, y no la cuestión más amplia del recurso a la convocatoria directa o de otras medidas de transparencia.

135. Según otras opiniones expresadas, habría que explicar en la guía el alcance de las disposiciones y especificar que estaban vinculadas al alcance del artículo 7 6) a) ii). Se subrayó también que en las disposiciones debería quedar claro que la protección se concedía a información no divulgable o similar, y no a la información que la entidad adjudicadora pudiera tener el deseo de proteger.

136. Una delegación preguntó de qué modo la protección afectaría a la obligación de la entidad adjudicadora de llevar un expediente exhaustivo de la contratación y de facilitar el acceso público a parte de él.

137. El Comité decidió que las futuras consideraciones sobre las nuevas disposiciones del artículo 8 deberían basarse en el siguiente texto, que se examinaría juntamente con las disposiciones conexas del artículo 7, cuyo examen se había aplazado (véanse los párrafos 100 a 120 *supra*):

> "3) b) Cuando la contratación entrañe, requiera o contenga información [delicada] [no divulgable] [como] [la relativa a] la defensa o la seguridad nacional [o a los intereses nacionales] [u otra información que requiera protección], y si la entidad adjudicadora lo estima necesario, las medidas y los requisitos para garantizar la seguridad requerida de esa información;"

Párrafo 3), nuevo apartado c), antiguo apartado b)

138. Se presentó al Comité la siguiente propuesta de un nuevo apartado c):

> "c) Los medios que se utilizarán por la entidad adjudicadora o en su nombre para comunicar información a un proveedor o contratista o al público, o por un proveedor o contratista para comunicarla a la entidad adjudicadora u otra entidad que actúe en su nombre."

139. No se formularon objeciones sobre esta propuesta, que, en su conjunto, se consideró aceptable.

Párrafo 4)

140. Se presentó al Comité la siguiente propuesta de nuevo párrafo 4):

> "4) La entidad adjudicadora utilizará medios de comunicación que sean habitualmente empleados por los proveedores o contratistas en el contexto considerado. Además, para toda reunión de proveedores o contratistas que se celebre, la entidad adjudicadora habrá de utilizar medios que garanticen que los proveedores o contratistas puedan participar plenamente y simultáneamente en la reunión."

141. Se sugirió que se sustituyeran las palabras "toda reunión de proveedores o contratistas" por las palabras "toda reunión con proveedores o contratistas". No se formuló ninguna objeción sobre esta sugerencia ni sobre el resto de la propuesta. La propuesta con esta enmienda se consideró generalmente aceptable.

Párrafo 5)

142. Se presentó al Comité la siguiente propuesta de nuevo párrafo 5):

> "5) La entidad adjudicadora adoptará medidas adecuadas para garantizar la autenticidad, integridad y confidencialidad de la información pertinente."

143. No se formuló ninguna objeción sobre esta propuesta, que se consideró generalmente aceptable.

Artículo 11. Reglas relativas a la descripción del objeto del contrato adjudicable y a las condiciones de ese contrato o del acuerdo marco

144. Se presentó al Comité la siguiente propuesta en relación con el párrafo 1) del artículo 11:

> "1) La entidad adjudicadora indicará en el pliego de condiciones la descripción del objeto del contrato adjudicable de la que se valdrá para su examen de las ofertas y otras propuestas. Cuando la entidad adjudicadora haya fijado algún umbral para determinar si una oferta no es conforme, la entidad adjudicadora deberá también consignar, en el pliego de condiciones, el umbral fijado y la manera en que será aplicado al examinarse dicho pliego de condiciones."

145. Se expresaron reparos sobre la utilización del término "umbral", a menos que se definiera en el artículo 2 o en la guía, en el contexto concreto del artículo 11, especificándose que se trataba de requisitos técnicos mínimos. Se argumentó que este término tenía distintas connotaciones en muchos ordenamientos jurídicos y en algunos textos internacionales, como en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC y en las Directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública[20], que solían referirse a los umbrales monetarios que podían condicionar el recurso a un determinado método de contratación. Se tomó nota del significado técnico que se daba al término en el contexto de los diversos artículos del proyecto de ley modelo revisada.

146. A fin de poner de relieve el significado distinto que pretendía darse a ese término en el presente artículo, se propuso que, en vez del término "umbral", el texto dijera "límite de referencia", "requisitos mínimos", "nivel mínimo de" o "criterios mínimos". Se estimó que, sean cuales fueran las palabras empleadas en el contexto de estas disposiciones, sería necesario definirlas en el artículo 2, a fin de evitar ambigüedades en la interpretación de su significado.

147. Se llegó a un consenso para sustituir el término "umbral" por otro. Se apoyó la utilización de las palabras "requisitos mínimos". Se expresaron reservas sobre el empleo de otras palabras propuestas (criterios mínimos), pues podrían causar una confusión innecesaria con el término "criterios", ya que también se empleaba en el contexto de la valoración de las calificaciones o la evaluación.

148. Se encomendó a la Secretaría que estudiara la expresión más adecuada para sustituir el término "umbral". Se recordó que se prepararía un glosario de términos y se consideró más apropiado que las palabras con las que se decidiera sustituir el

---

[20] Directiva 2004/18/EC del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios, y Directiva 2004/17/EC 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 (*Official Journal of the European Union*, núm. L 134, 30 de abril de 2004, págs. 114 y 1, respectivamente. Ambos textos están disponibles en el sitio: http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm).

término fueran explicadas en el glosario en el contexto del presente artículo, y no en el artículo 2.

Artículo 12. Reglas relativas a los criterios de evaluación [evaluación de ofertas]

Estructura y cuestiones generales

149. Se expresaron reservas sobre la estructura de este artículo. Se propuso que el artículo fuera reestructurado con los tres siguientes elementos: en primer lugar, los principios aplicables a los criterios de evaluación; en segundo lugar, la obligación de hacer públicos los criterios de evaluación y la información conexa en el pliego de condiciones; y en tercer lugar, la forma en que los criterios de evaluación y otros aspectos conexos de la evaluación se aplicarían al proceso de evaluación. Esta sugerencia obtuvo apoyo.

150. Se propusieron otros cambios estructurales, como el reordenamiento de los párrafos 2 y 3. En cambio, otra delegación sostuvo que el artículo, en su forma actual, era coherente y que no se requerían cambios estructurales.

151. Se expresó preferencia por la utilización de los términos "criterios de evaluación", en vez de "criterios", en todo el artículo y en otras disposiciones de la ley modelo revisada en función del contexto. Se consideró también que haría falta introducir enmiendas en el texto a raíz de la definición propuesta de "licitaciones u otras ofertas" (véase el párrafo 60 *supra*).

Párrafo 1) - disposiciones introductorias

152. En relación con el título y la parte introductoria del párrafo 1) se presentó al Comité la siguiente propuesta:

> **"Artículo 12. Reglas relativas a los criterios de evaluación**
>
> 1) Al examinar, evaluar y comparar las licitaciones u otras ofertas y para determinar la oferta ganadora (es decir, al procederse a la evaluación), la entidad adjudicadora deberá:"

153. Se expresó preferencia por la sustitución de las disposiciones introductorias propuestas por las palabras "A fin de determinar la oferta ganadora, la entidad adjudicadora deberá:".

Párrafo 1) a) a c)

154. Se expresaron reservas sobre la inclusión, únicamente en el párrafo 1) a), del principio esencial de que "los criterios de evaluación deberán guardar relación con el objeto de la contratación". Se observó que este párrafo trataba de la evaluación y la comparación de las ofertas, en cuya etapa la entidad adjudicadora habría de aplicar los criterios establecidos en el pliego de condiciones. Se consideró indispensable que todos los requisitos que rigieran los criterios de evaluación, inclusive el presente, se fijaran muy pronto al principio del proceso de contratación y se enunciaran en el pliego de condiciones. Por consiguiente, se propuso que el principio se mencionara sin vincularlo a ninguna etapa del proceso de contratación como requisito general, como en el párrafo 3). De modo similar, se sugirió que todos estos requisitos se insertaran al principio del artículo.

155. Se sugirió que las disposiciones de los apartados a) a c) del párrafo 1) se unificaran con las disposiciones introductorias, a fin de evitar repeticiones y de enunciar los principios esenciales aplicables a los criterios de evaluación. Entre estos principios figuraban los de que los criterios de evaluación y toda otra información relativa al proceso de evaluación debieran enunciarse en el pliego de condiciones, y de que los criterios de evaluación debieran guardar relación con el objeto de la contratación. Se propuso asimismo agregar al texto la idea de que los criterios de evaluación deberían ajustarse a las condiciones del mercado.

156. El Comité convino en que las ulteriores deliberaciones sobre el párrafo 1) del presente artículo se basaran en el siguiente texto:

> "[A fin de determinar la oferta u otra propuesta ganadora] [A fin de evaluar y comparar las ofertas u otras propuestas y de determinar la oferta u otra propuesta ganadora], la entidad adjudicadora se valdrá únicamente de los criterios de evaluación que se hayan dado a conocer en el pliego de condiciones, [y que deberán guardar relación con el objeto de la contratación] y los aplicará tal como se haya descrito en el correspondiente pliego de condiciones."

Párrafo 2)

157. Se presentó al Comité la siguiente propuesta relativa al párrafo 2):

> "2) Todo criterio de evaluación ajeno al precio deberá ser, en lo posible, objetivo y cuantificable. Se asignará a cada criterio de evaluación un coeficiente de ponderación relativa y, siempre que sea posible, ese criterio deberá expresarse en términos monetarios."

158. No se formuló ninguna objeción sobre esta propuesta, que fue aprobada.

Párrafo 3)

159. Se presentó al Comité la siguiente propuesta relativa al párrafo 3):

> "3) a) Los criterios de evaluación deberán guardar relación con el objeto de la contratación.
>
> b) Los criterios de evaluación podrán [guardar relación] [ser] únicamente [con]:
>
> i) El precio, sujeto a todo margen de preferencia asignado conforme a lo previsto en el párrafo 4) b) del presente artículo;
>
> ii) Los gastos de funcionamiento, de mantenimiento y de reparación de los bienes o de las obras, la terminación de las obras o la prestación de los servicios, las características funcionales de los bienes o de las obras, las condiciones de pago y las garantías dadas respecto del objeto del contrato adjudicable, a reserva de todo margen de preferencia asignado con arreglo al párrafo 4) b) del presente artículo;
>
> iii) Cuando el contrato se vaya a adjudicar con arreglo al artículo ... [licitación con dos sobres] o conforme al capítulo IV, y siempre que sean factores pertinentes, las calificaciones, la experiencia, la reputación, la fiabilidad y la competencia profesional y de gestión del proveedor o del

contratista, así como del personal que haya de prestar servicios, a reserva de todo margen de preferencia asignado conforme al párrafo 4) b) del presente artículo."

160. Se propuso introducir en la propuesta de nuevo texto para el párrafo 3) las revisiones que figuran a continuación, y se reiteró que este párrafo debería insertarse antes del párrafo 2) (véase el párrafo 150 *supra*):

a) En el apartado b) suprímase en la versión inglesa la palabra "consider" y la palabra "únicamente". No hubo objeciones a que se suprimiera la palabra "consider". En apoyo de la propuesta de suprimir la palabra "únicamente", se observó que tal vez no sería posible enunciar exhaustivamente todos los posibles criterios de evaluación. Se apoyó la supresión de este término a condición de que todos los criterios se hubieran dado a conocer en el pliego de condiciones por razones de transparencia y de que esos criterios guardaran relación con el objeto de la contratación. En contra de la supresión del término "únicamente" se argumentó que se había insertado con la finalidad de evitar la introducción de criterios subjetivos. Se agregó que el párrafo tenía un enfoque estructurado y claramente definido que ponía de manifiesto el objetivo de enunciar un conjunto exhaustivo de criterios. Por consiguiente, se sugirió que el término "únicamente" se mantuviera en el texto o se insertara entre corchetes, dándose en la guía una explicación sobre las consideraciones normativas. Ante las divergencias sobre este punto, se propuso que la palabra se mantuviera entre corchetes en las disposiciones, de modo que los Estados promulgantes pudieran optar por suprimirla o mantenerla. Esta solución se consideró preferible a otra propuesta consistente en que se sustituyera la palabra "únicamente" por las palabras "en particular". El Comité decidió mantener el término "únicamente" entre corchetes a la espera de ulteriores deliberaciones;

b) En el inciso i) del apartado b), agréguese una referencia a los factores socioeconómicos después de la mención de los márgenes de preferencia, y sustitúyase la remisión al párrafo 4) b) por una remisión al párrafo 4). Se puso de relieve la importancia de hacer constar los factores socioeconómicos en el ámbito del párrafo 3), a fin de aclarar el modo en que esos factores debían tenerse en cuenta, de forma transparente y objetiva, al evaluarse y compararse las ofertas. Esta propuesta suscitó opiniones favorables y desfavorables. Se señaló que las disposiciones se basaban en las disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y que su intención era requerir ajustes objetivos y transparentes en el precio conforme a un margen de preferencia que se estableciera y se revelara a los proveedores y contratistas antes del proceso de contratación. Se estimó que, de hacerse referencia a los factores socioeconómicos en este contexto, las disposiciones podrían resultar poco transparentes y subjetivas. Se sugirió que la propuesta se examinara ulteriormente junto con todas las otras disposiciones propuestas que guardaran relación con la consideración de los factores socioeconómicos en la evaluación y comparación de las ofertas;

c) En el inciso iii) del apartado b), suprímanse las palabras "calificaciones, experiencia, reputación". Se señaló que las disposiciones se basaban en el artículo 39 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, que regulaba la contratación de servicios. Se expresaron reservas sobre su conversión en criterios de evaluación aplicables a todos los tipos de contratación. Algunas delegaciones pusieron serios reparos a la utilización del término "reputación" por la subjetividad inherente al término, y un número sustancial de delegaciones se

declararon partidarias de su supresión. El Comité aceptó la sugerencia de que se sustituyera "reputación" por "referencias", por ser un término más objetivo. El Comité también convino en suprimir la palabra "calificaciones", con la consiguiente supresión de las disposiciones inicialmente propuestas con los términos "experiencia, referencias";

d) También en el inciso iii) del apartado b), sustitúyase "servicios" por una referencia al "objeto de la contratación", para tener en cuenta la decisión de que en la ley modelo revisada no se hicieran distinciones entre las contrataciones en función de si se contrataban bienes, obras o servicios;

e) Agréguese un nuevo apartado referente a los "resultados de la protección del medio ambiente". Esta sugerencia obtuvo apoyo y al final se convino en agregar al texto consideraciones ecológicas.

Párrafo 4)

161. Se formuló la propuesta de sustituir el apartado a) por los términos "consideración de los factores socioeconómicos" y de enumerar los ejemplos de factores socioeconómicos que figuraban en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública y en la guía. Este criterio recibió apoyo por considerarse que con él se daría más flexibilidad a un ámbito que estaba en continua evolución y en el que entraban en juego cuestiones políticamente delicadas.

162. La enmienda de estas disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública suscitó vehementes objeciones. A este respecto se hizo referencia al texto de la guía que acompañaba a la Ley Modelo de la CNUDMI, que se consideraba a grandes rasgos coherente con el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, explicándose el carácter excepcional de las disposiciones y considerándose que solo deberían estar disponibles para los países en desarrollo. Se objetó que la enmienda de ese texto perturbaría el equilibrio logrado en 1994, podría propiciar el proteccionismo en diversos países y no se ajustaría a las tendencias actuales de la reglamentación internacional de la contratación. Por consiguiente, se apoyó enérgicamente el mantenimiento de las disposiciones que figuraban en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, junto con las advertencias que figuraban en la guía adjunta.

163. Otra propuesta formulada consistía en que se enmendara el apartado a) del modo siguiente: "factores socioeconómicos, como", en el entendimiento de que en la ley modelo revisada podría darse u omitirse una lista ilustrativa de factores socioeconómicos, de modo que cada Estado promulgante pudiera especificar los factores socioeconómicos pertinentes en el respectivo país. Prevaleció la opinión de que sería útil enunciar en la ley modelo revisada una lista de factores socioeconómicos, que podría basarse en las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, con las actualizaciones que fueran necesarias.

164. Se sugirió que en una lista ilustrativa actualizada se hiciera referencia a factores socioeconómicos como "el desarrollo específico del sector industrial, el desarrollo de la pequeña y mediana empresa, las empresas minoritarias, las pequeñas organizaciones sociales, los grupos desfavorecidos, las personas con discapacidades, el desarrollo regional y local, las mejoras ecológicas, el fomento de los derechos de la mujer, de los jóvenes y de las personas de edad, de las

poblaciones indígenas y de los grupos tradicionales, así como a factores económicos como la situación de la balanza de pagos y las reservas de divisas". Se apoyó la inclusión de esta lista ilustrativa actualizada en la ley modelo revisada.

165. Ante la preocupación por la transparencia y la objetividad si se aplicaban factores socioeconómicos en la evaluación y comparación de las ofertas, se llegó al acuerdo general de mantener el requisito de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública consistente en que esos factores y la forma de aplicarlos habrían de regularse en las reglamentaciones nacionales de la contratación pública. Se sugirió además que el párrafo 4) a) requiriera explícitamente que los factores socioeconómicos fueran aplicados de forma objetiva y transparente y que en la guía se explicara la forma de lograr en la práctica esa transparencia y objetividad. A este respecto se destacó la importancia de que se llevara un expediente exhaustivo de la contratación.

166. Se sugirió lo siguiente: que el apartado a) empezara con las palabras "al establecerse los criterios distintos de los precios"; que el apartado b) empezara con las palabras "al establecerse los criterios para el precio"; y que el apartado c) fuera suprimido. No se formuló ninguna objeción sobre esas tres sugerencias.

167. Se decidió aplazar hasta otro momento el examen de este párrafo y de todas las propuestas de revisión que se han hecho sobre su texto.

Párrafo 5)

168. No se hicieron observaciones sobre este párrafo.

Párrafo 6)

169. Se apoyó el mantenimiento en la ley modelo revisada de las palabras "la oferta más económica" (la oferta evaluada más baja).

170. Sin embargo, algunas delegaciones consideraron que el historial de redacción del concepto (A/CN.9/WG.I/WP.68, párrs. 21 a 27) no era suficientemente convincente para justificar su mantenimiento en el texto revisado. Se reiteraron las reservas acerca de ese concepto por estimarse que daba a entender que el proveedor que recibiera la puntuación más baja al final del proceso de evaluación sería el proveedor ganador. Se respondió que, desde el punto de vista de los profesionales, el concepto no planteaba ninguna dificultad. A este respecto se hizo referencia a las disposiciones del párrafo 2) del artículo, que ayudaban a entender el significado que pretendía darse al concepto de la oferta más económica (oferta evaluada más baja).

171. Se sugirió que se examinaran otras variantes, como "la oferta más ventajosa", empleada en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, o "la oferta mejor evaluada". También se propuso como solución mantener el concepto de "oferta evaluada más baja", explicando en la guía el origen de la expresión y el historial de su redacción, que figuraba en el documento A/CN.9/WG.I/WP.68.

172. Otra sugerencia que, según se observó, podría contribuir también a resolver los problemas de terminología, consistía en suprimir los apartados a) a e). Se consideró que sería más apropiado trasladar esas disposiciones a los artículos que regulaban métodos concretos de contratación.

173. El Comité decidió suprimir los apartados a) a e) y mantener en el párrafo 6) el siguiente texto: "La evaluación se llevará a cabo aplicando los criterios de evaluación conforme se haya indicado en el pliego de condiciones, con miras a determinar la [oferta ganadora u otra propuesta ganadora] [oferta más ventajosa u otra propuesta ganadora]".

174. Se hizo la observación general de que el historial de redacción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública podría carecer de importancia en muchos aspectos, ya que toda la filosofía de la ley modelo revisada debería reflejar los cambios que se habían producido desde 1994 en el ámbito de la contratación pública. La ley modelo revisada se vería como un documento complejo que no tendría únicamente la finalidad de abrir mercados, lo cual había sido el objetivo principal de la versión de 1994. En particular, se señaló que debería abandonarse la premisa básica de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública según la cual algunos países no estaban suficientemente preparados para adoptar determinados métodos o determinadas técnicas de contratación complejos, dado que muchos Estados habían realizado considerables progresos en la administración de las contrataciones públicas, y que a los países desarrollados y a los países en desarrollo les preocupaban por igual los mismos principios y problemas. Se mencionó, por ejemplo, que la obtención del mayor rendimiento del dinero seguía siendo un principio válido para todos los ordenamientos jurídicos.

Artículo 14. Garantía de la oferta

175. Se consideró que, habida cuenta de los cambios propuestos en la definición de "[garantía de] la oferta", que diría "garantía [de la oferta] [de la oferta u otra garantía]" en el artículo 2 (véase el párrafo 56 *supra*), sería preciso introducir enmiendas en toda ley modelo revisada en el contexto pertinente, inclusive en el presente artículo.

176. Se expresaron reparos sobre los cambios propuestos en la definición de "[garantía de] la oferta" en el contexto específico del artículo 14, donde se consideró que la utilización de las nuevas palabras "de la oferta u otra garantía" podría desvirtuar el contenido del artículo. Se formularon otras objeciones sobre estos nuevos términos, en particular sobre el alcance exacto y la ausencia de palabras como "otra garantía de la oferta" conforme a la nueva definición propuesta de "licitación u otras ofertas" (véanse los párrafos 55 a 60 *supra*).

Artículo 15. Procedimiento de precalificación

177. Se recordó la decisión del Grupo de Trabajo de no prever la preselección en este artículo. Por consiguiente, se opinó que habría que evitar que las palabras empleadas para describir el procedimiento del artículo 15 en los diversos idiomas dieran pie a esa interpretación.

178. Se propuso que las últimas palabras del párrafo 7) fueran "la convocatoria a precalificación", habida cuenta del contenido del párrafo 3) del artículo. No se formularon objeciones sobre esta sugerencia.

Artículo 16. Rechazo de todas las ofertas

179. Se observó que si bien se introducirían los consiguientes cambios en las disposiciones para tener en cuenta la definición propuesta de "licitación u otra oferta" (véase el párrafo 60 *supra*), subsistían dificultades en la utilización de esa definición. Se opinó que las disposiciones que se adoptaran en que figuraran las enmiendas previstas serían innecesariamente complicadas y difíciles de comprender.

180. Se informó al Comité sobre el historial de redacción del artículo antes de que se adoptara la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, así como del examen del artículo en el Grupo de Trabajo, con referencia al documento A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1 (párrs. 25 a 36). El Comité señaló que en las deliberaciones sobre el artículo deberían tenerse en cuenta las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo durante la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública que habían repercutido en algunas disposiciones del artículo, por ejemplo, la decisión del Grupo de Trabajo de reforzar las disposiciones sobre vías de recurso. Se recordó que, en la Ley Modelo de 1994 sobre la Contratación Pública, muchas decisiones de la entidad adjudicadora, inclusive la de rechazar todas las ofertas, no estaban sujetas a reconsideración, y que se propuso que, en la ley modelo revisada, se suprimiera esta exención (el artículo 52 2) d), entre otras disposiciones).

181. Se presentaron al Comité las siguientes propuestas:

a) Supresión, en el párrafo 1), de las palabras entre corchetes "cancelar la adjudicación del contrato" y ", pero no estará obligada a motivar sus razones". Se explicó que la supresión de esta última frase se había propuesto habida cuenta de las disposiciones del párrafo 2) del artículo. Se propuso además que otras palabras que figuraban entre corchetes fueran mantenidas en el texto eliminando los corchetes;

b) Supresión, en el párrafo 2), de las palabras "frente a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas";

c) Sustitución de los párrafos 1) y 3) del artículo por el siguiente texto: "En caso de que la entidad adjudicadora cancele el proceso de contratación antes de la aceptación de la oferta ganadora, habría que notificar sin demora la cancelación y los motivos que la justificaran a todos los proveedores o contratistas que hubieran presentado ofertas". Esta propuesta obtuvo cierto apoyo, con alguna modificación (véase el párrafo 186 *infra*);

d) Sustitución del artículo por un texto que prevea: i) el derecho a cancelar la adjudicación del contrato en cualquier etapa del proceso de contratación; ii) la comunicación del aviso de cancelación del mismo modo en que se haya realizado la convocatoria inicial; iii) una notificación suplementaria, en que se especifiquen los motivos, para todos los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas; y iv) la ausencia de responsabilidad por parte de la entidad adjudicadora.

182. A continuación, el Comité se centró en el examen de las siguientes cuestiones, en relación con esas propuestas: a) la cuestión de si la expresión "rechazo de todas las ofertas" describía exactamente el sentido que se pretendía dar al artículo; b) la cuestión de si la entidad adjudicadora debería tener el derecho a cancelar la adjudicación del contrato y en qué etapa del proceso de contratación podría hacerlo; c) el marco temporal que habría de tener el artículo; d) la cuestión de si debería notificarse siempre una cancelación y la forma en que debería hacerse; e) la

cuestión de si habrían de darse siempre motivos y justificaciones para la cancelación y, de ser así, si deberían notificarse del mismo modo que un aviso de cancelación o si solo deberían comunicarse a los proveedores o contratistas participantes; y f) las salvaguardias contra el uso indebido del derecho conferido a la entidad adjudicadora en virtud de este artículo.

La cuestión de si "rechazo de todas las ofertas" describía con exactitud el significado que se pretendía dar al artículo

183. Varias delegaciones apoyaron la idea de que la expresión "rechazo de todas las ofertas" era problemática y que debería sustituirse por "anulación", "cancelación" o "revocación" del proceso de contratación. El término "rechazo" se consideraba demasiado vinculado al examen, la evaluación y la comparación de las ofertas y al rechazo, por ejemplo, de ofertas no conformes. Se expresaron reservas sobre el término "anulación" y se prefirió en general emplear las palabras "cancelación" o "revocación". En cambio, a juicio de otras delegaciones, habría que mantener en el texto la expresión "rechazo de todas las ofertas".

184. El Comité decidió encomendar a la Secretaría que buscara el término apropiado que reflejara con mayor exactitud el significado que se pretendía dar al artículo 16 y que evitara confusiones con otras disposiciones de la ley modelo revisada que permitían el rechazo de ofertas individuales por diversos motivos (por ejemplo, debido a inducciones, conflictos de interés o por no ser conformes o no cumplir los requisitos mínimos).

185. En las subsiguientes deliberaciones se optó por la expresión "cancelación del proceso de contratación" y por enmendar el artículo en consecuencia.

La cuestión de si la entidad adjudicadora debería tener el derecho a cancelar la adjudicación del contrato y en qué etapa del proceso de contratación podría hacerlo

186. Varias delegaciones expresaron la idea de que la entidad adjudicadora debería tener un derecho incondicional a cancelar la adjudicación en cualquier etapa del proceso de contratación. Por consiguiente, se sugirió que la frase inicial de la propuesta reproducida en el párrafo 181 c) *supra* se sustituyera por la siguiente frase: "La entidad adjudicadora tendrá derecho a cancelar la adjudicación en cualquier etapa del proceso de contratación".

El marco temporal que se pretende dar al artículo

187. Se expresaron opiniones divergentes sobre el marco temporal que debería abarcar el artículo 16. A este respecto se señalaron algunas incoherencias entre las frases primera y segunda del párrafo 1) del proyecto de artículo 16, que figuraba también en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. A juicio de una delegación, las disposiciones deberían permitir la cancelación hasta el momento en que venciera el plazo para la presentación de ofertas. Otras dos opciones importantes que se examinaron fueron las de: a) permitir la cancelación hasta el momento de aceptación de la oferta ganadora; o b) permitir la cancelación hasta la etapa de concertación o de entrada en vigor del contrato adjudicable.

188. La primera opción se justificó con el argumento de que la finalidad del artículo era proteger a los proveedores o contratistas que presentaran ofertas. Así pues, el período previo a la presentación de las ofertas y el período posterior a la aceptación

de la oferta ganadora no serían pertinentes. El momento de aceptación de la oferta ganadora sería el plazo límite habida cuenta del artículo 19, que preveía suficientes salvaguardias para los proveedores o contratistas cuyas ofertas fueran aceptadas y posteriormente se cancelara la adjudicación. Se explicó que, en tal caso, serían aplicables las salvaguardias previstas en el artículo 19, y no las del artículo 16.

189. En una solución de transacción se acordó que las disposiciones deberían abarcar todo el proceso de contratación previsto en la ley modelo revisada, es decir, hasta la concertación del contrato, tras lo cual serían aplicables las disposiciones generales del derecho de los contratos.

La cuestión de si debería notificarse siempre una cancelación y la forma en que debería hacerse

190. Varias delegaciones expresaron la opinión de que siempre habría que dar aviso de una cancelación. Las delegaciones discreparon acerca de si la notificación debería darse individual y exclusivamente a los proveedores o contratistas participantes o si debería emitirse del mismo modo y a través de los mismos medios en que se hubiera publicado el aviso inicial de contratación.

191. Prevaleció la opinión de que si la cancelación de la adjudicación tenía lugar antes de que se presentaran las ofertas o después de que se hubieran presentado pero antes de que se hubieran abierto, el aviso de cancelación habría de publicarse del mismo modo y a través de los mismos medios en que se hubiera publicado el aviso inicial de contratación, y que las propuestas no abiertas deberían devolverse sin abrir a los proveedores o contratistas interesados. El aviso público de cancelación de la contratación se consideró esencial para la supervisión pública. Se explicó además que si las ofertas se hubieran abierto, el aviso de cancelación habría de darse también individualmente a cada uno de los proveedores o contratistas que hubieran presentado ofertas.

192. Se reiteró la opinión de que, como se había explicado en el párrafo 188 *supra*, la etapa previa a la presentación de las ofertas no sería pertinente y, por lo tanto, no debería regularse en este artículo.

La cuestión de si habrían de darse siempre motivos y justificaciones para la cancelación y, de ser así, si deberían notificarse del mismo modo que un aviso de cancelación o si solo deberían comunicarse a los proveedores o contratistas interesados

193. Varias delegaciones consideraron que si la cancelación de la adjudicación tenía lugar antes de que se presentaran las ofertas o después de que fueran presentadas pero antes de que se hubieran abierto, la entidad adjudicadora no debería estar obligada a justificar la cancelación. En cambio, si la cancelación tenía lugar durante las etapas subsiguientes del procedimiento de contratación, en el aviso de cancelación deberían comunicarse los motivos a cada uno de los proveedores o contratistas interesados.

194. Se reiteró la opinión explicada en el párrafo 188 *supra* de que la etapa previa a la presentación de las ofertas no sería pertinente y que, por lo tanto, no debería regularse en este artículo.

195. Algunas delegaciones consideraron que la obligación de justificar la cancelación no debería ser automática sino que debería obedecer a una solicitud de los proveedores o contratistas interesados. Se estimó que esta limitación tenía la importante finalidad de no aumentar los trámites burocráticos. Se sugirió también que en la guía se pusiera de relieve, en el mismo sentido, que los motivos dados para la cancelación podrían ser breves, pero habrían de ser comprensibles.

196. Otras delegaciones discreparon de esas opiniones. A su entender, la imposición de tal obligación a la entidad adjudicadora sería la única manera de garantizar que hubiera transparencia y que se ejercitaran debidamente los recursos. Por consiguiente, propusieron que se suprimieran las palabras "y que lo solicite" en el párrafo 1) del artículo propuesto. Se observó también que, conforme a la ley de algunos Estados, la entidad adjudicadora habría de comunicar, de todos modos, los motivos a todos los proveedores o contratistas afectados por una decisión de rechazo de todas las ofertas. Se replicó que los requisitos de las legislaciones de los países no deberían constituir un factor determinante para las revisiones de la Ley Modelo de 1994 sobre la Contratación Pública.

197. Se coincidió en que no habría que requerir justificaciones, ya que tal requisito no sería conforme a lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo (en el cual se decía que la entidad adjudicadora no incurriría en responsabilidad por el mero hecho de invocar el párrafo 1) del artículo). Al mismo tiempo hubo acuerdo general en que la entidad adjudicadora podría decidir explicar los motivos que justificaran su decisión.

198. A raíz de esas deliberaciones, se propuso que en las disposiciones se eliminara la distinción entre "motivos" y "justificaciones" y que se empleara únicamente el término "razones".

Salvaguardias contra el uso indebido del derecho conferido a la entidad adjudicadora en virtud del artículo

199. Habida cuenta del derecho incondicional a cancelar la contratación que se confería a la entidad adjudicadora, se consideró esencial prever salvaguardias contra todo abuso de ese derecho. A este respecto se señaló que las disposiciones podrían dar pie a prácticas de corrupción.

200. A este respecto, el Comité recordó la decisión del Grupo de Trabajo de suprimir la excepción de reconsideración de una decisión de cancelación, enunciada en el artículo 52 2) d) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. Se señalaron también las disposiciones relativas al expediente del proceso de contratación en virtud de las cuales debía hacerse constar la decisión y los motivos que la justificaran conforme al artículo 16. Se sostuvo también que la obligación de la entidad adjudicadora de comunicar a los proveedores o contratistas afectados las razones de su decisión constituía una importante salvaguardia. Se recordó asimismo que, en virtud de las disposiciones sobre reconsideración enunciadas en la ley modelo revisada, los proveedores afectados podrían solicitar la indemnización de los gastos de preparación y presentación de las ofertas.

201. Se propuso que en la ley modelo revisada o en la guía se previeran salvaguardias suplementarias, como la enumeración de las circunstancias excepcionales que justificaran la cancelación de la contratación (por ejemplo, consideraciones presupuestarias). Algunas delegaciones se opusieron a la sugerencia

de que se enunciaran en la ley modelo revisada las condiciones específicas que regularan el derecho de la entidad adjudicadora a cancelar el proceso en virtud del artículo 16, dado que esas condiciones no podían ser exhaustivas. En cambio, se consideró suficiente que se enumeraran en la guía las posibles circunstancias que justificarían el ejercicio por la entidad adjudicadora del derecho que le confiere el artículo 16. Según se señaló, esas circunstancias obedecerían principalmente a consideraciones de interés público, como ya se había subrayado en la Guía de 1994. Un observador informó a la Comisión de que en la práctica la cancelación de la contratación se producía a menudo después del examen, la evaluación y la comparación de las ofertas si ninguna de las ofertas era conforme o idónea, o si no había una verdadera competencia, o si los precios propuestos eran demasiado altos teniendo en cuenta el presupuesto disponible.

202. Como posibles salvaguardias se mencionaron también los requisitos de una aprobación a más alto nivel de la decisión con arreglo al artículo 16 y de reservarse el derecho, en el pliego de condiciones, a cancelar la contratación. Por consiguiente, se preguntó el motivo por el que se habían suprimido del proyecto de artículo las disposiciones a tal efecto que figuraban en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública. A este respecto se recordaron las decisiones pertinentes del Grupo de Trabajo, en particular la opinión defendida con vehemencia en ese Grupo de que estas disposiciones imponían una carga burocrática innecesaria (en referencia al nivel más alto de aprobación) o eran superfluas (en cuanto a reservarse el derecho de cancelación en el pliego de condiciones), especialmente teniendo en cuenta las disposiciones de derecho administrativo en virtud de las cuales la entidad adjudicadora tenía en cualquier caso el derecho a cancelar la contratación (A/CN.9/668, párrs. 112 y 113).

203. Entre otras posibles salvaguardias, algunas delegaciones señalaron que las leyes de sus respectivos Estados exigían que en el pliego de condiciones se especificaran los posibles motivos de cancelación. Otra salvaguardia que se propuso tener en cuenta era la de prohibir a la entidad adjudicadora que recurriera a la convocatoria directa o a la contratación con un único proveedor sobre el mismo objeto de contratación tras la cancelación del proceso.

204. Una delegación preguntó si la entidad adjudicadora debería incurrir en responsabilidad a raíz de su decisión de cancelar la contratación. A este respecto y habida cuenta de la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de suprimir la exención de recursos de reconsideración por la decisión de cancelación tomada por la entidad adjudicadora, se puso en duda la necesidad de las disposiciones del párrafo 2). Sobre este punto se expresaron diversas opiniones.

205. Según la opinión general, las disposiciones del párrafo 2) regulaban cuestiones distintas del derecho de reconsideración de la decisión que adoptara la entidad adjudicadora de cancelar el proceso de contratación. Se sostuvo que ese derecho existiría y podría ejercitarse, pero que dependería de las circunstancias de cada caso que la entidad adjudicadora incurriera o no en responsabilidad (en particular, el criterio de si la entidad adjudicadora hubiera seguido el procedimiento prescrito, a saber, el requisito de dar a conocer sin demora la cancelación y, en su caso, los motivos que la justificaran).

206. Hubo opiniones a favor de mantener el texto del párrafo 2). Se explicó que el párrafo era importante, pues protegía a la entidad adjudicadora de protestas

injustificables y, al mismo tiempo, constituía una salvaguardia contra toda cancelación injustificable del proceso de contratación por parte de la entidad adjudicadora.

207. Según la opinión contraria, el párrafo 2) era superfluo y podría suprimirse dándose una explicación adecuada en la guía. Según otra opinión, el párrafo 2) debería suprimirse para que pudiera entablarse un recurso de reconsideración de la decisión adoptada. Se explicó que la cuestión de la responsabilidad estaba vinculada al derecho de reconsideración de una decisión y al derecho a solicitar daños y perjuicios, por ejemplo, una indemnización por los gastos realizados para preparar y presentar la oferta (como se prevé, por ejemplo, en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC).

208. Según otra opinión, la cuestión de la responsabilidad debería regularse diferentemente en función del momento en que se decidiera cancelar el proceso de contratación; si la decisión se adoptaba antes de que las ofertas se presentaran y se abrieran, no se plantearía la responsabilidad; en caso contrario, habría que prever responsabilidad. A este respecto se hizo referencia al enunciado de las disposiciones, que permitían una interpretación limitada, pues se restringía la responsabilidad frente a los proveedores o contratistas que hubieran presentado ofertas.

Artículo 17. Rechazo de las ofertas anormalmente bajas

209. El Comité señaló que se introducirían cambios en el título y en el texto de este artículo a raíz de la nueva definición propuesta de "licitación u otras ofertas" (véase el párrafo 60 *supra*).

210. Se propuso que, en el párrafo 1), se suprimieran las palabras "y/o", que figuraban entre corchetes.

211. Se formuló una pregunta sobre el significado de "los elementos constitutivos de la oferta", a lo que se respondió que la expresión se refería a los aspectos de una licitación u otra oferta no relacionadas con el precio, en particular, la calidad del objeto de la contratación. Otra delegación preguntó si podía determinarse que una oferta era anormalmente baja únicamente mediante el precio o bien evaluando todos los elementos de la oferta sin tener en cuenta el precio, o bien teniendo en cuenta el precio junto con los otros elementos constitutivos de la oferta. Se propuso que las palabras "el precio indicado, junto con los demás elementos constitutivos de la oferta" se sustituyeran por las palabras "el precio indicado y/o los demás elementos constitutivos de la oferta", si se pretendía abarcar las tres posibilidades. Según otra opinión, el precio debía analizarse siempre en el contexto de los demás elementos constitutivos de las ofertas pertinentes. Prevaleció esta última opinión y, por consiguiente, se aceptó la propuesta de suprimir, en el párrafo 1), las palabras "y/o", que figuraban entre corchetes. El párrafo con esta enmienda fue objeto de una aprobación general. Se propuso asimismo que en la guía se dieran explicaciones pertinentes.

212. En lo que respecta al uso del término "razonables" en el apartado b) del párrafo 1), se consideró que, en vez de esa palabra, sería mejor emplear la fórmula enunciada en la nota 23 de pie de página del documento A/CN.9/WG.I/WP.69/Add. 2, pues era más objetiva. Esta opinión fue aceptada y se señaló que, a fin de evitar repeticiones, se harían oportunamente los consiguientes cambios de redacción.

Artículo 18. Rechazo de una oferta por razón de los incentivos ofrecidos por el proveedor o contratista o por haber algún conflicto de intereses

213. El Comité tomó nota de que se harían cambios en el título y en el texto de este artículo a raíz de la nueva definición sugerida de "licitación u otras ofertas" (véase el párrafo 60 *supra*).

214. Respecto del nuevo apartado b), se cuestionó la vinculación que se establecía entre un conflicto de intereses y una ventaja competitiva desleal. Se dijo que estos dos conceptos podían darse por separado, por lo que se apoyó la idea de separarlos en este texto como sigue:

> "b) El proveedor o contratista [goce de] [haya adquirido] una ventaja competitiva desleal [a raíz de un conflicto de intereses o por alguna otra causa] o se vea afectado por un conflicto de intereses, que vulnere alguna norma comercial aplicable."

215. Se observó que pese a que cabía prever que un conflicto de intereses diera lugar a una ventaja competitiva desleal, no todo conflicto de intereses tendría siempre ese resultado (por ejemplo, el conflicto dimanante de que un mismo abogado represente a las dos partes en un litigio). Se explicó, al mismo tiempo, que cabía que surgiera una ventaja competitiva desleal a raíz de otras causas (la fusión de dos empresas o alguna relación comercial previa).

216. Se preguntó si no procedería precisar el alcance de los términos "ventaja competitiva desleal" y "conflicto de intereses" adjetivándolos con el término "importante" o algún otro que indicara que cabría mitigar ese conflicto o esa ventaja. Se respondió que algunos conflictos no eran mitigables, como sucedería si un consultor, que hubiera participado en la formulación de las condiciones del contrato adjudicable, presentaba una oferta respecto de ese mismo contrato. Aun cuando se señalaron otros conflictos o ventajas que sí cabría mitigar facilitando esa información a otros proveedores, no obtuvo apoyo la propuesta de que se precisara de ese modo el sentido de esos dos conceptos.

217. Se expresaron diversos pareceres acerca de si debía retenerse en este texto el verbo "adquirir". Según una delegación, ese verbo introducía una condición jurídica tal vez superflua. En cambio, otra delegación opinó que convenía retenerlo para indicar cómo nació la ventaja competitiva desleal. Prevaleció el parecer de que se suprimiera.

218. Se cuestionó la necesidad de que en el texto propuesto se hiciera dos veces mención de los conflictos de interés. Tras deliberar, se decidió que debería hacerse una sola mención de ese conflicto, y predominó la opinión de que se suprimiera el texto entre corchetes "a raíz de un conflicto de intereses o por alguna otra causa", y de que en la guía se explicara esa idea. Se convino asimismo en que en la guía se describiera el sentido del concepto de "ventaja competitiva desleal".

219. Se convino en que se desglosara el texto del apartado b) del párrafo 1) en los dos apartados siguientes:

> "b) El proveedor o contratista goce de una ventaja competitiva desleal que vulnere alguna norma comercial aplicable;

c) El proveedor o contratista se vea afectado por un conflicto de intereses que vulnere alguna norma comercial aplicable."

220. Se partió del entendimiento de que se explicaría en la guía la remisión que se hacía en ambos párrafos al concepto de norma comercial aplicable, señalándose que este tipo de normas podían evolucionar con el tiempo. Se dio asimismo por supuesto que se habría de introducir algún cambio en el título del artículo, que reflejara la distinción que ahora se hacía entre conflicto de intereses y ventaja competitiva desleal.

221. Según una delegación, convendría prever alguna vía de recurso o salvaguardia contra todo rechazo no justificable de una oferta en los casos previstos en los nuevos apartados b) y c) sugeridos, inspirándose en lo dispuesto en el artículo 17 1). Se respondió que bastaría con que la guía alentara a la entidad adjudicadora a comunicarse con todo proveedor o contratista afectado.

222. Se consideró que el artículo así enmendado era generalmente aceptable.

Artículo 19. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato

223. El Comité señaló que se habría de introducir algún cambio en el título y en el texto de este artículo a raíz de la nueva definición sugerida de "licitación u otras ofertas" (véase el párrafo 60 *supra*).

Párrafo 2)

224. Se presentó al Comité la siguiente propuesta de párrafo 2):

"2) La entidad adjudicadora dará aviso sin demora a todos los proveedores o contratistas, cuyas ofertas hayan sido evaluadas, de su decisión prevista de aceptar la licitación u otra oferta declarada ganadora. Dicho aviso deberá contener, al menos, los siguientes datos:

a) El nombre y la dirección del proveedor o contratista que haya presentado la licitación u otra oferta declarada ganadora;

b) El precio del contrato adjudicado o, en caso necesario, un resumen de otros rasgos y ventajas comparativas de la licitación u otra oferta declarada ganadora, con la salvedad que la entidad adjudicadora no deberá proporcionar dato alguno cuya divulgación sea contraria a la ley, obstaculice la acción de la justicia, sea contraria al interés público, pueda perjudicar intereses comerciales legítimos de los proveedores o contratistas o menoscabe la competencia leal entre los concursantes; y

c) La moratoria prevista de la entrada en vigor del contrato adjudicado durante la cual todo proveedor o contratista afectado podrá presentar recurso contra cualquier decisión de la entidad adjudicadora relativa a la determinación de la licitación u otra oferta declarada ganadora será de [...] (duración a determinar por el Estado promulgante)."

225. Se explicó que se extendería el alcance del apartado b) para dar cabida a consideraciones de defensa y de seguridad nacional, de acuerdo con las disposiciones que se enunciaran en el artículo 7 6) a) ii). Se insistió en la necesidad de velar por la coherencia entre todo texto que se propusiera y el proyecto de artículo 21.

226. Se explicó también que se había suprimido del apartado c) recién propuesto el texto siguiente, que figura en el artículo 19 2) c) del documento A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2: "La moratoria prevista deberá ser lo bastante larga para que todo proveedor o contratista afectado pueda solicitar, si procede, una reconsideración oportuna del proceso adjudicatorio, conforme a lo previsto en el capítulo VII de la presente Ley, y empezará a correr a partir de la fecha del envío del aviso a todos los proveedores o contratistas afectados, de conformidad con el presente párrafo". Se sugirió que se trasladara este texto a la guía. Se dijo que la nueva formulación propuesta permitirá que el Estado promulgante especifique la duración de la moratoria con miras a dotar al interesado, según las circunstancias del caso, de una vía de recurso eficaz. En respuesta a una pregunta, se confirmó que se tenía previsto aplicar la misma moratoria en el contexto de los acuerdos marco.

227. Las delegaciones prefirieron que, al final del apartado c) propuesto, se reinsertaran las siguientes palabras: "y empezara a contar a partir de la fecha de envío del aviso a todos los proveedores o contratistas afectados de conformidad con el presente párrafo". En opinión de otras delegaciones, sería preferible insertar las disposiciones sugeridas en la guía, ya que estaban estrechamente vinculadas a los sistemas de reconsideración administrativa de cada Estado promulgante, el cual determinaría el momento a partir del cual empezaría la moratoria.

228. Por otra parte, una delegación preguntó si podría haber otro momento lógico en que empezara la moratoria. Se consideró que, conforme a las prácticas óptimas de contratación, no habría mejor momento para el principio de la moratoria que aquel en que todos los proveedores o contratistas interesados hubieran recibido debidamente la notificación del resultado del proceso de evaluación. Si bien algunas delegaciones dieron muestras de flexibilidad en cuanto al lugar de inserción de las disposiciones, otras insistieron en que su importancia justificaba que se insertaran en la ley modelo revisada propiamente dicha.

229. Según una observación formulada, tanto para los proveedores y contratistas como para la entidad adjudicadora era sumamente importante saber exactamente cuándo empezaba y terminaba la moratoria, a fin de que los proveedores y contratistas pudieran adoptar las medidas que se justificaran y de que la entidad adjudicadora pudiera adjudicar el contrato sin causar perturbaciones. Se argumentó que, por este motivo, la fecha de envío daría el mayor nivel de certeza, por lo que debería considerarse como el momento en que daba comienzo la moratoria. Se recordaron las deliberaciones mantenidas en 1994 sobre la cuestión de la validez de la notificación, que se reflejaron en la Guía de 1994, en el sentido de que la fecha de envío era la fecha que daba la mayor certeza. Otra delegación consideró que era preferible el criterio de la fecha de recepción, dado que la moratoria debería reflejar el tiempo de que dispondría el receptor para plantearse la posibilidad de solicitar una reconsideración, y que además algunos regímenes funcionaban de acuerdo con este principio. También se opinó que la cuestión de la determinación de si la moratoria debería empezar a partir de la fecha de envío o de la fecha de recepción de la notificación pertinente debería dejarse en manos de los Estados promulgantes. Se mencionó también una amplia referencia al concepto de que la "notificación surtiera efecto", en vez de hablar del momento de envío o de recepción. Sin embargo, se expresaron reservas al respecto, pues este concepto no estaría reconocido en todos los ordenamientos jurídicos.

230. Se llegó a un consenso para reinsertar, al final del proyecto de apartado c) el siguiente texto: "y esa moratoria empezará a correr desde la fecha de envío del aviso a todos los proveedores o contratistas afectados, con arreglo al presente párrafo."

231. Se puso de relieve la importancia de que se enviara una notificación individual a cada uno de los proveedores o contratistas interesados. Se consideró insuficiente insertar un aviso en el sitio de Internet.

232. Suscitó reparos la posibilidad de que se suprimieran del apartado c) propuesto las disposiciones por las que se requería que la moratoria fuera lo bastante larga para que los proveedores o contratistas tuvieran la posibilidad efectiva de presentar un recurso. Se expresó el parecer de que sería preferible reintroducir esta idea en el apartado c) propuesto.

233. Según la otra opinión, el párrafo c) propuesto en el párrafo 224 *supra* era suficiente a este respecto. Se observó que el concepto de "moratoria" había resultado ser una cuestión difícil a causa de las diferencias entre las vías de recursos entre los Estados promulgantes. Se recordó que los Estados que tenían un sistema de reconsideración administrativa eficaz eran renuentes a introducir una moratoria, pues estimaban que con ello se demoraría el proceso sin obtener ventajas que compensaran las demoras. Se consideró que el nuevo párrafo c) propuesto era una buena solución de transacción para dar cabida a las necesidades de los Estados con distintos sistemas de reconsideración administrativa, pues daba a los Estados promulgantes la discreción de determinar la duración de la moratoria en función de las necesidades del Estado.

234. Se propuso que la ley modelo revisada dejara que los Estados promulgantes especificaran en sus respectivos regímenes de la contratación pública un período de duración mínima, y no un período fijo, de la moratoria. De este modo, la entidad adjudicadora tendría flexibilidad para determinar la duración exacta de la moratoria apropiada para cada contratación en función de esa duración mínima establecida por la legislación de cada país. En este contexto se recordaron las disposiciones del nuevo artículo 8, que daban discreción a la entidad adjudicadora para elegir los medios de comunicación que habrían de emplearse en el proceso de contratación. Se señaló que la duración apropiada de la moratoria dependería en gran medida de los principales medios de comunicación empleados y de si la contratación era nacional o internacional.

235. Se señaló que la discreción de la entidad adjudicadora para determinar la duración exacta de la moratoria habida cuenta de los factores específicos de cada contratación (dentro de la duración mínima prescrita) debería complementarse con la obligación de la entidad adjudicadora de revelar la duración exacta de ese período en el pliego de condiciones. Se destacó la importancia de que se divulgara esa información desde el principio del proceso de contratación, habida cuenta de la importancia que tendría para los proveedores y contratistas.

236. Según otra delegación, lo más importante era asegurar la certeza que, según se dijo, solo se conseguiría fijando un período definido en el texto. Además, se preguntó qué repercusiones tendría una moratoria larga, dado que los objetivos generales de la ley modelo revisada eran, entre otros, la certeza, la transparencia y la eficiencia. A este respecto se estimó que los Estados promulgantes requerirían flexibilidad para fijar la duración de dicho período.

237. El Comité encomendó a la Secretaría que revisara las disposiciones de la parte pertinente sustituyéndolas por un texto del siguiente tenor: "El plazo suspensivo tendrá una duración mínima de (... [el Estado promulgante determinará el número preciso de días]) días", en el entendimiento de que en el artículo 27 se dispondrá que en el pliego de condiciones habría de especificarse la duración exacta de la moratoria aplicable a cada contratación. Se señaló que la referencia a un período mínimo se ajustaría a los textos del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC y de la Directiva de la CE sobre las vías de recurso[21].

238. Se consideró que en la guía deberían explicarse las repercusiones que tendrían la duración de la moratoria en los objetivos generales de la ley modelo revisada en lo que respecta a la transparencia, la rendición de cuentas, la eficiencia y el trato equitativo de los proveedores o contratistas. Se consideró también que en la guía se explicarían las repercusiones que tendría una moratoria larga sobre los costos que serían tenidos en cuenta por los proveedores o contratistas en sus ofertas y en su decisión de participar o no en el proceso.

239. Se hizo una pregunta acerca de las directrices que convendría dar al Estado promulgante en cuanto a la duración de la moratoria. Se respondió que la finalidad de la moratoria era dar tiempo suficiente a los proveedores o contratistas para decidir si procedía recurrir contra la decisión prevista de la entidad adjudicadora de aceptar la oferta declarada ganadora, por lo que esa moratoria debería ser relativamente breve. Se explicó también que tan pronto como se presentara un recurso, sería aplicable lo dispuesto en las vías de recurso acerca de la suspensión del proceso de adjudicación. Se mencionó la duración de las moratorias previstas en algunos lugares o regiones. Por ejemplo, se observó que en el contexto europeo se estimaba que debería darse una moratoria de unos 10 días para que el proveedor pudiera decidir si procedía presentar un recurso. Por ello los reglamentos europeos preveían una moratoria de 10 días consecutivos para el supuesto de que el aviso se enviara por vía electrónica, mientras que en los demás casos la duración de esa moratoria sería de 15 días. Se dijo que esa diferencia tenía por objeto asegurar la igualdad de trato, en función del tiempo requerido para que un aviso enviado por correo postal llegara a los proveedores ubicados en ultramar. Se sugirió que se mencionaran estas consideraciones en el texto de la guía.

240. Se preguntó si se exigía expresamente en los textos propuestos que la entidad adjudicadora notificara a los demás proveedores o contratistas que su oferta no había resultado ganadora, dándose las razones que habían motivado ese rechazo. Se respondió que facilitar a cada proveedor o contratista la motivación del rechazo de su oferta resultaría engorroso. A este respecto, se informó al Comité de la sesión informativa practicada con éxito en algunos países, y se observó que esa práctica podría ser recomendable. Se insistió, al mismo tiempo, en la dificultad de reglamentar una práctica informativa, particularmente si se tenía en cuenta que el alcance previsible de la información que convendría dar pudiera ser muy distinto

[21] Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se enmendaron las directivas del Consejo 89/665/CEE y 92/13/CEE sobre el mejoramiento de la eficacia del procedimiento de recurso en relación con la adjudicación de contratos públicos, disponible en http://www.ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies/remedies_en.htm.

según cual fuera el contrato adjudicable. Se sugirió por ello que esta cuestión fuera abordada únicamente en la guía.

241. A fin de eliminar la sensación de ambigüedad en las disposiciones en lo que respecta a los "proveedores o contratistas interesados" se sugirió que, en el apartado c), se hiciera siempre referencia o bien a los "proveedores o contratistas no ganadores" o a los "proveedores o contratistas cuyas ofertas fueran evaluadas". Se prefirió esta última fórmula por considerarse que se ajustaba a las palabras introductorias del párrafo 2) (mientras que, según se dijo, la primera de las fórmulas excluiría del grupo de receptores de la notificación al proveedor ganador, lo cual iría en contra de la finalidad de las disposiciones).

Párrafo 3)

242. Se apoyó el texto del párrafo 3) propuesto en el documento A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2. Se sugirió que, al examinarse el párrafo 11) y las disposiciones conexas del artículo 55 3) e), el Comité se planteara hacer referencia, en el párrafo 3), a los acuerdos marco abiertos y, en consecuencia, suprimir el párrafo 11).

243. El Comité aplazó el examen del párrafo 3).

244. El Comité procedió a examinar los párrafos 8) y 11) del artículo, señalando que las otras disposiciones del artículo no planteaban problemas.

Párrafo 8)

245. Se sugirió que se suprimieran del texto propuesto las palabras "que [esté vigente] [siga siendo válida]", y que se explicara en la guía que, conforme a las disposiciones en esas circunstancias, se adjudicara el contrato al siguiente proveedor o contratista que ofreciera el otro precio más bajo o que presentara la oferta con la otra evaluación más baja. Se sostuvo que convendría redactar de nuevo las disposiciones para darles una mayor claridad.

246. Estas sugerencias no suscitaron ninguna objeción.

Párrafo 11)

247. Tras tomar nota de la relación del párrafo 11) con el proyecto de artículo 55 3) e) y de una declaración hecha por una delegación respecto del párrafo 3) (véase el párrafo 242 *supra*), el Comité aplazó el examen de este párrafo.

Artículo 21. Confidencialidad

248. Se propuso que: i) en el párrafo 1) se suprimieran las palabras "de forma inadecuada", que figuraban entre corchetes; ii) en el párrafo 2) se insertaran las palabras "a reserva de lo dispuesto en el capítulo IV" y se suprimieran las palabras "con arreglo a lo previsto en el capítulo IV de la presente Ley"; y iii) se agregara al artículo un nuevo párrafo 3) que dijera "La entidad adjudicadora podrá imponer a los proveedores o contratistas requisitos encaminados a proteger la información no divulgable en materia de defensa o seguridad nacional que comunicaran a lo largo del proceso de licitación y contratación. La entidad adjudicadora podrá también pedir a estos proveedores o contratistas que velen por el cumplimiento de estos requisitos por parte de sus subcontratistas".

Párrafo 1)

249. La sugerencia de suprimir las palabras "de forma inadecuada" recibió un apoyo general.

Párrafo 2)

250. Algunas delegaciones consideraron inaceptables las propuestas relativas al párrafo 2) (véase el párrafo 248 *supra*), pues excluían las disposiciones del capítulo IV de la aplicación de este artículo. Se observó que el proyecto de artículo 21 se basaba en disposiciones reiterativas de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública que regulaban los métodos de contratación mediante negociaciones. Se subrayó que las disposiciones del párrafo 2) eran particularmente válidas en el contexto del capítulo IV, que regulaba esos métodos de contratación.

251. Se destacó la pertinencia de este artículo para todos los métodos de contratación. Se consideró que el artículo tenía por objeto preservar la ventaja comparativa que un proveedor pudiera tener sobre otro (como, por ejemplo, en la excelencia técnica), que podría verse en peligro durante el proceso y, especialmente, cuando tuvieran lugar negociaciones.

252. Se sugirieron varias mejoras de redacción, concretamente que se reformularan las disposiciones: a) para asegurar la coherencia con las disposiciones del artículo 19 2) b) (para algunas delegaciones la formulación más amplia del artículo 19 2) b) era preferible, si bien se puso en duda si sería adecuado repetir todas las referencias de ese artículo en el artículo 21); b) para reflejar la introducción de un nuevo método de contratación (la solicitud de propuestas con diálogo competitivo) aludiendo, en su caso, al diálogo; c) para dar a entender que el requisito de confidencialidad sería aplicable también a la información intercambiada durante las negociaciones o el diálogo; y d) para emplear las palabras que figuraban al principio del párrafo 2), en su caso, con una nueva referencia al diálogo en todo el artículo.

Nuevo párrafo 3)

253. Algunas delegaciones apoyaron la inclusión en el artículo de un nuevo párrafo 3), como se había propuesto en el párrafo 248 *supra*. En cambio, otras delegaciones se opusieron a que se incluyeran las disposiciones sugeridas en el artículo 21, mientras que otras pusieron en tela de juicio la necesidad de insertar un nuevo párrafo 3) en el artículo 21, habida cuenta de los cambios pertinentes que se habían propuesto en el artículo 8. Se señaló también que el texto propuesto para un nuevo párrafo 3) tenía un carácter auxiliar y no vinculante, por lo que tal vez no fuera apropiado para la ley modelo revisada.

254. Algunas delegaciones prefirieron que las disposiciones propuestas se insertaran en el artículo 7 6) o en el artículo 8. Se estimó que el artículo 21 tenía un amplio alcance, era aplicable a todas las contrataciones, independientemente del sector en que se realizaran, y tenía la finalidad de proteger a las partes en el proceso de contratación, más que al objeto de la contratación en sí (de lo cual se ocupaba el párrafo 3)). En cambio, otras delegaciones consideraron apropiada la inserción de las disposiciones en el artículo 21.

255. Si bien se dieron muestras de flexibilidad respecto del lugar de inserción de las disposiciones, se destacó la importancia de introducirlas, habida cuenta de la decisión que había adoptado el Grupo de Trabajo de ampliar el alcance de la ley modelo revisada para que abarcara también la contratación en los sectores de defensa y seguridad nacional. Se consideró que habría que plantearse de nuevo esta ampliación del alcance si no se tenían en cuenta las características particulares de los sectores de defensa y seguridad nacional.

256. Se estimó que la cuestión de principio podía resolverse de varias maneras. La primera consistiría en adoptar la solución de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública en que se excluían las contrataciones en el sector de la defensa, una solución que este Comité y, anteriormente, el Grupo de Trabajo habían rechazado. Algunas delegaciones no aceptaron esa solución porque en sus Estados se esperaba orientación por parte de la CNUDMI en lo que respecta al sector de la defensa nacional.

257. No se puso en duda que la decisión del Grupo de Trabajo de ampliar el alcance de la ley modelo revisada para abarcar también la defensa y la seguridad nacional constituía un importante logro. Tampoco se puso en tela de juicio la necesidad de prever un tratamiento especial que tuviera en cuenta los rasgos específicos de la contratación en este sector. No obstante, se expresaron reservas sobre la conveniencia de incluir disposiciones en el artículo 21 y, de forma más general, sobre la manera de dar cabida a este sector en la ley modelo revisada (una cuestión que requería un análisis a fondo y que implicaba que se tuvieran en cuenta las entidades que realizarían tal contratación).

258. En vez de una exclusión general, se opinó que la contratación en este sector podría abordarse de uno de los modos que se exponen a continuación. El primero consistiría en tratar la contratación en temas de defensa como una contratación con excepciones parciales, cuando fuera necesario, lo cual corresponde al enfoque actual. Se observó que la experiencia en el actual período de sesiones había demostrado que este método de trabajo requeriría mucho tiempo y que, a la larga, no daría resultados.

259. La segunda modalidad consistiría en introducir las disposiciones en un capítulo separado o en una nueva ley modelo sobre la contratación en temas de defensa, que era el criterio adoptado en la Unión Europea y, al menos, en uno de sus Estados miembros. Se observó que esa última tarea era de envergadura y que había requerido varios años de trabajo. Este enfoque presuponía también una reglamentación detallada de un ámbito que tradicionalmente se consideraba que, por prerrogativa soberana, correspondía regular a los Estados promulgantes, de forma independiente, de acuerdo con sus respectivas políticas de defensa nacional. Por último, se señaló que tal capítulo tendría un alcance limitado, pues no tendría en cuenta las contrataciones de carácter delicado fuera del sector de la defensa.

260. Otra solución consistiría en prever, en el artículo 1, una exención general o parcial de la aplicación de las disposiciones de la ley modelo revisada, limitando el ámbito de aplicación de la exención prevista en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública para asegurar que regulara estrictamente la contratación en temas de defensa y garantizar que no se produjeran abusos. Se formularon otras sugerencias, como la de insertar en una única disposición las cuestiones relativas a la confidencialidad y a la contratación en temas de defensa, en

vez de hacer remisiones reiterativas a la contratación en los sectores de defensa y seguridad nacional. Se prefirió que esta disposición figurara en el artículo 7 o que las disposiciones pertinentes del artículo 8 se trasladaran al artículo 21.

261. Tras deliberar, se consideró que había consenso sobre el carácter vital de las disposiciones pertinentes que regulaban la confidencialidad en la contratación sobre temas de defensa y que la forma de regular el carácter especial de este tipo de contratación era un aspecto que debería debatirse más exhaustivamente.

262. Si bien algunas delegaciones opinaron que debería encomendarse a la Secretaría la redacción de disposiciones apropiadas para dar cabida en el texto a las contrataciones de carácter delicado, principalmente en el sector de la defensa, otras delegaciones estimaron que la Secretaría no podría cumplir esa tarea sin que el Comité le diera orientaciones claras sobre el modo en que habría que regular en la ley modelo revisada las contrataciones en temas de defensa y otras contrataciones de carácter delicado.

263. Se sostuvo que era inevitable proceder a un examen exhaustivo de este tema y que sería preferible analizarlo sin hacer referencia a cada una de las disposiciones de la ley modelo revisada. Se determinó que las siguientes cuestiones requerían un estudio exhaustivo de la contratación en el sector de la defensa: a) las necesidades específicas de este sector, como el tratamiento de la información no divulgable; y b) las formas de tener en cuenta esas necesidades. A este respecto se observó que las necesidades concretas de la contratación en temas de defensa podrían derivarse del carácter delicado del objeto de la contratación o del tratamiento de la información no divulgable, aun cuando dicho objeto no fuera de carácter delicado (por ejemplo, cuando surgiera la necesidad de asegurar la confidencialidad de la información sobre el calendario de entrega o el lugar de entrega), o de ambas cosas.

264. Según la otra sugerencia, en vez de que se examinara exhaustivamente el tema por separado, el Comité debería seguir estudiando las disposiciones del proyecto de ley modelo revisada y analizar las cuestiones referentes a la contratación en temas de defensa conjuntamente con los artículos pertinentes del proyecto de ley modelo revisada. Se opinó que este enfoque ayudaría a las delegaciones a hacerse una idea general de las exenciones que deberían preverse en la ley modelo revisada a fin de dar cabida en ella a las contrataciones de carácter delicado. Se reiteró la opinión de que ese examen no debería limitarse exclusivamente a las contrataciones en temas de defensa sino que debería abarcar las contrataciones de carácter delicado en general.

265. Prevaleció la opinión de que debería apoyarse la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de que, en vista de las opiniones expresadas por las delegaciones, se incluyera en el ámbito de la ley modelo revisada la contratación pública en el sector de la defensa nacional. También se consideró necesario pedir a la Secretaría que redactara sugerencias que el Grupo de Trabajo pudiera examinar, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: a) la autorización de que, en las contrataciones en este sector, pueda recurrirse a la convocatoria directa y a métodos de contratación distintos de la licitación; b) la previsión de medidas especiales para proteger la información no divulgable; c) la consideración de las características específicas de la contratación en este sector al formular normas que rijan el contenido del expediente del proceso de contratación y el acceso al expediente; y d)

la necesidad de evitar repeticiones al redactar disposiciones para dar cabida a la contratación en el sector de la defensa.

266. Se consideró también que las disposiciones de la ley modelo revisada relativas a la contratación en el sector de la defensa nacional irían acompañadas de las disposiciones de la guía, en las que se explicaran las medidas especiales que podría adoptar la entidad adjudicadora para proteger la información no divulgable, inclusive en la cadena de proveedores.

Artículo 22. Expediente del procedimiento de adjudicación

Párrafo 1)

267. Se propuso que:

a) Se revisaran los apartados b) y e), a fin de prever la posibilidad de que, a raíz del proceso de contratación, pudiera adjudicarse más de un contrato;

b) En el apartado f) se agregara una referencia a los factores socioeconómicos y a la manera en que serían tenidos en cuenta en el proceso de evaluación;

c) En el apartado g) se plasmara el acuerdo al que había llegado el Comité de que se emplearan los términos "cancelación de la contratación" (véase el párrafo 185 *supra*);

d) En el apartado k) se suprimieran las palabras "y [cualquier otro dato que el Grupo de Trabajo decida añadir]";

e) En el apartado l), se suprimieran las palabras "de servicios" y "por los que la entidad adjudicadora aplicó el procedimiento de selección utilizado" y que, en espera de que se examinara el capítulo IV, todo este apartado siguiera figurando entre corchetes.

Párrafo 2)

268. Se propuso que se revisara este párrafo a fin de prever la posibilidad de que, a raíz del proceso de contratación, se adjudicara más de un contrato.

Párrafo 4)

269. Se propuso que se ampliaran las palabras introductorias del párrafo de modo que el texto dijera "salvo que lo haya ordenado un tribunal competente o una autoridad competente". Se propuso además que esta referencia suplementaria a una autoridad competente fuera explicada en la guía (concretamente, indicándose que tal autoridad competente podría ser la asamblea parlamentaria o el auditor general, y que podría variar de un Estado promulgante a otro). Otra delegación propuso que el texto dijera: "salvo que lo haya ordenado una autoridad competente", explicándose en la guía que esa autoridad competente serían tanto el tribunal como las autoridades administrativas competentes, inclusive los órganos de supervisión.

270. Se propugnó con vehemencia que no se modificaran las disposiciones actuales. Se puso de relieve que esas disposiciones hacían referencia a los casos excepcionales en que debiera autorizarse la divulgación de información (como, por ejemplo, cuando la divulgación fuera "contraria a la ley"). Se indicó que, en esos casos excepcionales, toda autoridad competente podría solicitar la divulgación, pero

que correspondería a una autoridad judicial decidir en última instancia si debía procederse o no a tal divulgación. A este respecto se hizo hincapié en la imparcialidad del poder judicial y en el riesgo de que otros poderes del Estado no fueran independientes.

271. Se sugirió también que se mantuviera el texto en su forma actual, pero que en la guía se explicara que cabría autorizar a otras autoridades competentes, en virtud de las reglamentaciones nacionales aplicables, a ordenar la divulgación de información en los casos especificados en los apartados a) y b). Algunas delegaciones se opusieron a esa sugerencia por considerar que en el propio texto de la ley modelo revisada deberían preverse los requisitos esenciales mínimos.

272. Recibió apoyo otra sugerencia consistente en que las palabras introductorias del párrafo dijeran "salvo que lo haya ordenado un tribunal competente o un órgano administrativo a que se hace referencia en el artículo 58 de la presente Ley". Se explicó que con este enunciado se restringía el conjunto de autoridades administrativas habilitadas para ordenar la divulgación de información en los casos excepcionales mencionados en el párrafo.

273. Se sugirió también que se agregaran a la frase las palabras "y/o la autoridad competente o el órgano administrativo", que figuraran entre corchetes, de modo que el Estado promulgante pudiera seleccionar el texto en función de las circunstancias del país.

274. No se llegó a un consenso sobre las disposiciones, por lo que se decidió insertar las diversas propuestas entre corchetes a fin de examinarlas ulteriormente. Se señaló asimismo que las palabras elegidas para el párrafo 4) a) podrían afectar también a disposiciones similares del párrafo 3) y que, por consiguiente, habría que garantizar la coherencia entre circunstancias similares.

275. Se sugirió también que se enmendaran las palabras iniciales del apartado a) del párrafo 4) de modo que dijeran "datos del expediente del proceso de contratación". Se propuso asimismo que las palabras introductorias del párrafo y las del apartado a) se redactaran en términos afirmativos para dar una mayor claridad al texto, pues se estimó que el enunciado actual podría dar pie a distintas interpretaciones.

Párrafo 5)

276. Se formuló una pregunta sobre si el párrafo 5) podría dar a entender que no era obligatorio llevar el expediente, contrariamente a lo dispuesto en el párrafo 1). Por consiguiente, para evitar tal interpretación, se propuso que, al principio del párrafo, se agregaran las palabras "Sin perjuicio de lo dispuesto en el capítulo VII".

277. Por otra parte se sugirió que, habida cuenta del capítulo VII y en particular del artículo 56 del proyecto de ley modelo revisada, se suprimiera el párrafo 5). Se señaló que los proveedores o contratistas podrían reclamar daños y perjuicios a la entidad adjudicadora en virtud de estas disposiciones por no llevar el expediente conforme a lo requerido en el artículo 22. A este respecto, se observó que, para realizar una solicitud de indemnización conforme a las disposiciones sobre reconsideración, todo proveedor o contratista estaría obligado a demostrar que había sufrido una pérdida o daños. Se sostuvo que el mero hecho de que un expediente fuera insuficiente no bastaría para justificar una reclamación.

278. En cambio, otra delegación opinó que deberían mantenerse las disposiciones en su forma actual por las mismas razones que se habían especificado en relación con el párrafo 2) del artículo 16 (véanse los párrafos 205 y 206 *supra*), a saber, porque el hecho de que la entidad adjudicadora no llevara un expediente conforme a lo dispuesto en el artículo 22 no implicaba automáticamente que esta incurriera en responsabilidad. Se explicó además que en las disposiciones se indicaba que la carga de la prueba respecto de la responsabilidad correspondía al proveedor o contratista. Se estimó que las disposiciones eran de utilidad para la entidad adjudicadora como salvaguardia frente a protestas injustificables.

279. Se llegó a un consenso sobre la supresión de las disposiciones. Se propuso que en la guía se explicara que las consecuencias del hecho de no llevar un expediente podrían regularse por otras normas aplicables en los Estados promulgantes.

Período durante el cual debería conservarse el expediente

280. No obtuvo apoyo la propuesta de agregar al artículo una disposición que regulara el período mínimo o máximo de retención del expediente, a fin de reflejar (por ejemplo) los plazos contractuales de prescripción, ya que no habría ningún período universalmente aceptable. Se consideró que correspondía al Estado promulgante regular esta cuestión.

Labor futura

281. El Comité considera que debería pedirse a la Secretaría que preparara nuevos proyectos de disposición de la ley modelo revisada que tuvieran en cuenta las deliberaciones mantenidas en el actual período de sesiones. Se apoyó la sugerencia de celebrar consultas oficiosas entre períodos de sesiones. Se destacó la importancia de que en esas consultas se asegurara una participación máxima y la mayor representación geográfica posible de los participantes. Se pidió a la Secretaría que hiciera todo lo que estuviera en su poder, en la medida de los recursos de que dispusiera, para ofrecer los documentos pertinentes en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

Informe de las deliberaciones

282. El Comité examinó el proyecto de informe de sus deliberaciones y propuso enmiendas al respecto. Convino en recomendar a la Comisión que adoptara el informe enmendado.

D. Decisiones de la Comisión respecto al tema 5 del programa

283. La Comisión tomó nota del informe del Comité Plenario. La Comisión tomó nota en particular de la conclusión a la que había llegado el Comité Plenario de que la ley modelo revisada aún no estaba lista para su adopción en el actual período de sesiones de la Comisión. Además, la Comisión tomó nota asimismo de que el Comité solo pudo examinar el capítulo I del proyecto de ley modelo revisada y de que, si bien aún quedaban pendientes algunas cuestiones de este capítulo, se había llegado a un acuerdo sobre la mayoría de sus disposiciones. La Comisión tomó nota también de que el Comité pidió que se encomendara a la Secretaría la redacción de sugerencias para resolver esas cuestiones pendientes a fin de que las examinara el

Grupo de Trabajo I (Contratación Pública). La Comisión tomó nota además de que el Comité recomendó que se adoptara el informe.

284. La Comisión aprobó el informe del Comité Plenario conforme a lo recomendado. Tomó nota también de los informes del Grupo de Trabajo I sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 14º a 16º (A/CN.9/664, A/CN.9/668 y A/CN.9/672) y pidió al Grupo de Trabajo que prosiguiera su labor de examen de la ley modelo revisada.

285. Se destacó la importancia de que la revisión de la ley modelo revisada se finalizara en el plazo más breve que resultara razonablemente posible. Se subrayó que la ley modelo revisada tendría notables repercusiones en las reformas legislativas de los regímenes de la contratación pública que se llevaban a cabo a nivel nacional y regional. En particular, se requería la orientación de la CNUDMI en temas de contratación pública como las subastas electrónicas inversas, los acuerdos marco, la contratación electrónica en general, el diálogo competitivo y la contratación en el sector de la defensa nacional. También se puso de relieve la importancia de las actividades de difusión de la CNUDMI, y se alentó a la secretaría de la CNUDMI a que intensificara sus esfuerzos por lograr una aplicación más extendida de sus normas legislativas uniformes en el ámbito de la contratación pública y en otros campos. (Sobre las fechas de los dos siguientes períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 437 a) *infra*.)

V. Arbitraje y conciliación: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo II

286. La Comisión recordó que, en su 39º período de sesiones celebrado en 2006, había acordado que el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) emprendiera una revisión del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional[22] (en adelante, "el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI")[23].

287. Se recordó también que en ese período de sesiones la Comisión señaló que, en general, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI era uno de los primeros instrumentos elaborados por la CNUDMI en materia de arbitraje, era considerado un excelente texto que había sido adoptado por muchos centros de arbitraje y utilizado en muchos casos diferentes, por ejemplo, en controversias entre inversionistas y Estados. En reconocimiento del éxito y del prestigio del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Comisión consideró en general que en una eventual revisión del Reglamento no debería alterarse la estructura del texto ni su espíritu ni su estilo de redacción y que debería respetarse la flexibilidad del texto, en vez de hacerlo más complejo. Se sugirió que el Grupo de Trabajo procediera a definir cuidadosamente la lista de cuestiones que tal vez hubiera que regular en una versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[24].

---

[22] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.V.6.

[23] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 187.

[24] *Ibid.*, párr. 184.

288. Se recordó también que en su 40º período de sesiones celebrado en 2007, la Comisión tomó nota de que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no se había enmendado desde su aprobación en 1976 y observó que en su revisión debería procurarse modernizarlo y promover una mayor eficiencia en los procedimientos de arbitraje. En general, la Comisión estuvo de acuerdo en que el mandato del Grupo de Trabajo, consistente en mantener la estructura y el espíritu originales del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, había sido una útil orientación para el Grupo de Trabajo en las deliberaciones que había mantenido hasta la fecha y debía seguir orientando su labor[25].

289. La Comisión recordó también que en su 41º período de sesiones celebrado en 2008, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había decidido, en su 48º período de sesiones, proseguir su labor de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma genérica y recabar el asesoramiento de la Comisión en lo que respecta a si, una vez concluida su labor actual de revisión del Reglamento, el Grupo de Trabajo debería ocuparse con mayor detenimiento de la cuestión más específica de los arbitrajes en el marco de tratados y, de decidirlo así la Comisión, qué forma debería revestir tal tarea (A/CN.9/646, párr. 69)[26].

290. Se recordó además que, tras deliberar, la Comisión convino en que no sería conveniente incluir en el Reglamento propiamente dicho disposiciones especiales destinadas a regir los procedimientos de arbitraje que se hayan de sustanciar en el marco de un tratado; asimismo, la Comisión acordó que la finalización del proceso de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma genérica no debería verse retrasada por toda eventual labor que el Grupo de Trabajo pudiera tener que emprender en el futuro sobre las controversias entre inversionistas y un Estado. En cuanto a las prioridades del calendario de trabajo, la Comisión había convenido en principio en que el tema de la transparencia en los procedimientos de arbitraje entre inversionistas y un Estado merecía ser objeto de examen en el futuro y en que dicho examen debería realizarse con prioridad inmediatamente después de que finalizara la actual revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Respecto del alcance de esa labor futura la Comisión había decidido por consenso que era importante asegurar la transparencia en la solución de controversias entre inversionistas y un Estado. Sobre esta cuestión se habían recibido observaciones escritas de una delegación (A/CN.9/662) y se había expuesto una declaración en nombre del Representante Especial del Secretario General en cuestiones de derechos humanos y empresas transnacionales y demás empresas. En general, las delegaciones habían coincidido en que, tal como se señalaba en el informe del Grupo de Trabajo sobre su 48º período de sesiones (A/CN.9/646, párr. 57), convendría abordar en la labor futura el objetivo de la transparencia deseable en los procedimientos de arbitraje sustanciados entre inversionistas y un Estado. En cuanto a la forma que dicha labor futura podría revestir, la Comisión había tomado nota de que el Grupo de Trabajo había previsto diversas posibilidades (*ibid*., párr. 69) en lo que respecta a los procedimientos de arbitraje que se entablaran en el marco de un tratado, entre las que cabía citar la preparación de cláusulas o pactos de arbitraje modelo, de normas o directrices especiales, de un anexo que se adjuntaría al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma genérica, de un reglamento de

[25] *Ibid*., *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17, part I), párr.174.
[26] *Ibid*., *sexagésimo tercer período de sesiones. Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 313.

arbitraje separado, o de cláusulas optativas incorporables a un tratado. La Comisión había decidido que aún no era el momento de adoptar una decisión sobre la forma eventual de un futuro instrumento aplicable al arbitraje sustanciado en el marco de un tratado y que, a este respecto, convendría dejar un amplio margen de discreción al Grupo de Trabajo. Con miras a facilitar el examen, en un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo, de las cuestiones relativas al arbitraje realizado en virtud de tratados, la Comisión había pedido a la Secretaría que, en la medida en que los recursos lo permitieran, emprendiera una investigación preliminar con objeto de recopilar información sobre la práctica actual en este campo. La Comisión había instado a los Estados miembros a que proporcionaran a la Secretaría amplia información acerca de las prácticas de transparencia seguidas en los procedimientos de arbitraje abiertos entre inversionistas y un Estado. Se había insistido en que, al designar las delegaciones que habrían de participar en los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo dedicados a este proyecto, los Estados miembros y observadores procuraran seleccionar a su personal pericial más competente en materia de procedimientos de arbitraje entre inversionistas y un Estado sustanciados en el marco de tratados, así como en cuestiones de derecho de los tratados[27].

291. En su actual período de sesiones, la Comisión ha dispuesto de los informes sobre los períodos de sesiones 49º (Viena, 15 a 19 de septiembre de 2008) y 50º (Nueva York, 9 a 13 de febrero de 2009) del Grupo de Trabajo (A/CN.9/665 y A/CN.9/669, respectivamente). La Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados en la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y también encomió a la Secretaría por la calidad de la documentación que se había preparado para el Grupo de Trabajo.

292. La Comisión observó que el Grupo de Trabajo, en su 49º período de sesiones, había examinado una propuesta encaminada a ampliar la función del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje (TPA) de La Haya en el marco del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/665, párrs. 47 a 50). En la versión de 1976 del Reglamento se prevé que el Secretario General del TPA designe, obrando a instancia de una parte, una autoridad nominadora para prestar determinados servicios de apoyo a las actuaciones arbitrales. En virtud de los artículos 6 y 7 del Reglamento, la autoridad nominadora designaría a los miembros del tribunal arbitral y, de conformidad con el artículo 12, podrá ser llamada a decidir acerca de la recusación de un árbitro. Conforme a los artículos 39 y 41 del Reglamento, respectivamente, la autoridad nominadora podrá también ayudar a las partes a fijar los honorarios de los árbitros, y al tribunal arbitral a fijar la cuantía del depósito en concepto de costas. El Secretario General del TPA convino en que el TPA, pese a no ser un órgano de las Naciones Unidas y aunque no fue creado para dirimir controversias comerciales de carácter privado, actuaría como autoridad designadora, en virtud del Reglamento, desempeñando así una función cualitativamente distinta y de alcance bastante más limitado que el de una autoridad nominadora. En el Grupo de Trabajo se propuso que se sustituyera el mecanismo existente por una disposición en virtud de la cual cuando las partes no se pusieran de acuerdo sobre una autoridad nominadora, el Secretario General del TPA actuara directamente como tal, a reserva de que se supeditara esa regla supletoria al derecho de toda parte a solicitar que el Secretario General del TPA designe otra autoridad

[27] *Ibid.*, párr. 314.

nominadora y a la facultad de este (o esta) para designar esa otra autoridad, si lo estima oportuno. La Comisión señaló que esa propuesta se había formulado inicialmente en el 46º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/619, párrs. 71 a 74), donde se había considerado que la propuesta se apartaba de manera importante e innecesaria de lo dispuesto en el actual Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y donde se había decidido que se preservara el mecanismo aplicable a las autoridades designadoras y nominadoras previsto en la versión de 1976 del Reglamento (A/CN.9/619, párr. 74, y A/CN.9/665, párr. 49). La Comisión observó asimismo que, en el 49º período de sesiones del Grupo de Trabajo, las delegaciones habían expresado opiniones discrepantes acerca de si esta cuestión debía o no debatirse de nuevo en el Grupo de Trabajo, y se había expresado la opinión de que, se llegara o no a un consenso en el Grupo de Trabajo sobre una posible regla supletoria, esa regla planteaba una cuestión de política legislativa que solo podría ser resuelta por la Comisión (A/CN.9/665, párrs. 49 y 50). En su actual período de sesiones, la Comisión ha dispuesto de una nota sobre las funciones de las autoridades designadoras y nominadoras de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/677).

293. Tras deliberar, la Comisión convino en no modificar el actual mecanismo aplicable a las autoridades designadoras y nominadoras conforme a la versión de 1976 del Reglamento. Se recordó que el Grupo de Trabajo, cuando en su 45º período de sesiones determinó las cuestiones sujetas a posible revisión, no consideró que ese mecanismo fuera una cuestión problemática. En general, no se tenía constancia de que el mecanismo hubiera entrañado demoras para las partes ni de que hubiera dificultado el funcionamiento del Reglamento. Se señaló también que, dado que el mecanismo aplicable a las autoridades designadoras y nominadoras en virtud de la versión de 1976 del Reglamento no había supuesto una carga onerosa y había resultado ventajoso, no había necesidad de modificar la estructura del Reglamento a ese respecto. En el contexto de este debate, la Comisión reconoció la competencia y la responsabilidad del Tribunal Permanente de Arbitraje (TPA), así como la calidad de los servicios que prestaba en el marco del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

294. Se opinó que el proceso en dos etapas definido en la versión de 1976 del Reglamento de Arbitraje proporcionaba flexibilidad (permitiendo la designación de una amplia gama de autoridades nominadoras en función de las necesidades de cada caso), una flexibilidad que no se daría en el caso de una autoridad nominadora supletoria. Se observó que el Reglamento se había adaptado fácilmente para ser utilizado en una amplia gama de circunstancias que abarcaban muy diversos tipos de controversias y que una prueba mensurable del éxito del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI reside en esa gran adaptabilidad que le permite responder a las necesidades de partes litigantes, procedentes de culturas jurídicas muy diversas, en una amplia gama de controversias, y en el gran número de instituciones de arbitraje independientes que se han mostrado dispuestas a administrar arbitrajes (y que lo han hecho) conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, sin limitarse a actuar con arreglo a su propio reglamento. Se sostuvo también que la propuesta de ampliar la función del TPA en el marco del Reglamento, de ser adoptada, no sería un mero ajuste técnico sino que modificaría la naturaleza del Reglamento e iría en contra de los principios rectores fijados por la Comisión, concretamente contra el principio de que en una revisión del Reglamento no debía alterarse la estructura del texto ni su

espíritu ni su estilo de redacción y debería respetarse la flexibilidad del texto, en vez de hacerlo más complejo.

295. Se comentó además que el TPA fue establecido por la Convención para la Resolución Pacífica de Controversias Internacionales[28], con el fin de dirimir las controversias entre Estados y no de resolver los conflictos que surgieran en el contexto de las relaciones comerciales entre entidades privadas, lo cual era, según se dijo, la función primordial del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Se consideró que si se ampliaba la función del TPA, se daría la impresión de que se le confería un papel más relevante que a otras organizaciones arbitrales, a pesar de que el Tribunal tenía menos experiencia en la resolución de controversias comerciales privadas que otras organizaciones arbitrales que se ocupaban de esos casos.

296. La Comisión estimó que el establecimiento, conforme al Reglamento, de una autoridad administradora central daría lugar a la necesidad de que se indicaran (en el propio Reglamento o en algún documento adjunto) las condiciones en que dicha autoridad central habría de desempeñar sus funciones. La Comisión convino en que no debería retrasarse la labor de revisión del Reglamento con las tareas suplementarias que habría que realizar al respecto si prosperara la propuesta de ampliar el papel del TPA.

297. Habida cuenta de estos principios rectores, se puso de relieve que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no debería contener una regla supletoria por la que se previera que una sola institución fuera designada como autoridad nominadora supletoria, asignándosele la función de prestar asistencia directa a las partes.

298. La Comisión observó que el Grupo de Trabajo, en su 50º período de sesiones, acordó pedir a la Comisión tiempo suficiente para concluir su labor sobre el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y para dar al proyecto de reglamento revisado el nivel requerido de madurez y calidad (A/CN.9/669, párr. 120). La Comisión convino en que debía tomarse el tiempo necesario para satisfacer los altos niveles de exigencia de la CNUDMI, teniendo en cuenta la repercusión internacional del Reglamento, y expresó la esperanza de que el Grupo de Trabajo finalizara su labor de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma genérica de manera que el análisis final y la aprobación del Reglamento revisado pudieran realizarse en el 43º período de sesiones de la Comisión, en 2010. La Comisión escuchó la propuesta de que el Grupo de Trabajo estudiara la posibilidad de incluir en la versión revisada del Reglamento una referencia a una eventual actuación de los árbitros en calidad de conciliadores.

299. Respecto de la labor futura sobre la solución de controversias comerciales, la Comisión recordó su decisión anteriormente adoptada de que la cuestión de la transparencia en los procedimientos de arbitraje entre inversionistas y Estados basados en tratados se abordara con prioridad inmediatamente después de que se concluyera la revisión actual del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, conforme a lo decidido por la Comisión en su 41º período de sesiones (véase el párrafo 290 *supra*), se reiteró la necesidad de que, al designar las delegaciones que habrían de

[28] Véase *Carnegie Endowment for International Peace, The Hague Conventions and Declarations of 1899 and 1907* (Nueva York, Oxford University Press, 1915).

participar en los períodos de sesiones del Grupo de Trabajo dedicados a este proyecto, los Estados miembros y observadores procuraran seleccionar a su personal pericial más competente en materia de procedimientos de arbitraje entre inversionistas y un Estado sustanciados en el marco de tratados, así como en cuestiones de derecho de los tratados. La Comisión recordó también que, conforme a lo que había decidido en su 39º período de sesiones[29], el Grupo de Trabajo debería mantener en su programa la cuestión de si una controversia podía o no ser objeto de arbitraje y la de la solución de controversias por vía electrónica.

300. Se presentó a la Comisión un informe verbal sobre los progresos realizados en la preparación de una guía para la promulgación y utilización de toda la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional revisada en 2006[30]. Se recordó que, en su 39º período de sesiones, la Comisión convino en que sería útil preparar tal guía[31]. Se recordó también que tal guía sería un útil instrumento para los legisladores y otros usuarios de una importante normativa de la CNUDMI. Además, con ella se fomentaría el proceso de armonización entre las legislaciones. La Comisión pidió a la Secretaría que prosiguiera sus esfuerzos de preparación de la guía. Se convino que, en un futuro período de sesiones de la Comisión, se presentara un informe más sustancial sobre los progresos realizados en la preparación de la guía. (Sobre los dos siguientes períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 437 b) *infra*.)

VI. Régimen de la insolvencia: informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo V

A. Informe sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo V

301. La Comisión recordó que en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, había acordado, entre otras cosas, que: a) el tema del tratamiento que habría que dar a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia estaba ya suficientemente desarrollado para remitirlo al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) a fin de que lo examinara en 2006, y que debía darse a ese Grupo de Trabajo la flexibilidad necesaria para que formulara recomendaciones apropiadas a la Comisión sobre el alcance de su labor futura y la forma que debería revestir, en función del contenido de las soluciones que propusiera respecto de los problemas que el Grupo de Trabajo hubiera determinado en relación con ese tema; y b) la financiación posterior a la apertura del procedimiento de insolvencia debería considerarse, desde el principio, parte integrante de la labor que había que emprender sobre la cuestión de la insolvencia de los grupos de empresas, y que debería darse al Grupo de Trabajo un margen suficiente de flexibilidad para que examinara toda posible propuesta de ocuparse de aspectos suplementarios del

---

[29] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 187.

[30] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.08.V.4. Véase también el párrafo 376 k) *infra*.

[31] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 176.

tema[32]. En la versión inglesa se sustituyó posteriormente "corporate groups" por "enterprise groups" (véase A/CN.9/622, párrs. 77 a 84, y A/CN.9/643).

302. En su actual período de sesiones, la Comisión expresó su reconocimiento por los sustanciales progresos realizados por el Grupo de Trabajo en el examen del tratamiento que había que dar a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, progresos que se plasmaban en los informes sobre la labor de sus períodos de sesiones 35º (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008) y 36º (Nueva York, 18 a 22 de mayo de 2009) (A/CN.9/666 y A/CN.9/671, respectivamente), y encomió a la Secretaría por los documentos de trabajo y los informes preparados para esos períodos de sesiones.

303. La Comisión señaló que el Grupo de Trabajo había adoptado el contenido de varias recomendaciones relativas al tratamiento nacional que había que dar a los grupos de empresas y que había llegado a un acuerdo sobre el modo de enfocar el tratamiento internacional de esos grupos, tal como podía leerse en el conjunto de 15 recomendaciones examinadas en el 36º período de sesiones, algunas de las cuales habían sido adoptadas. La Comisión tomó nota de los estrechos vínculos de la labor realizada sobre el tratamiento internacional de los grupos de empresas tanto con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza como con la Guía de prácticas de la CNUDMI sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza, (véase el párrafo 24 *supra*) y puso de relieve la necesidad de mantener la coherencia entre ambos textos.

304. La Comisión observó también que el Grupo de Trabajo había convenido en que el texto resultante de la labor relativa a los grupos de empresas se incluyera en la tercera parte de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia[33] y que adoptara la misma estructura, es decir, con recomendaciones y comentarios. A tal efecto, se prepararían los comentarios que acompañarían a las recomendaciones de alcance nacional e internacional para que los examinara el Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones de 2009 y, de ser necesario, en su 38º período de sesiones de 2010.

305. La Comisión expresó asimismo su reconocimiento por la cooperación mantenida entre el Grupo de Trabajo V y el Grupo de Trabajo VI en lo que respecta al tratamiento de la propiedad intelectual en situaciones de insolvencia e indicó que las preguntas formuladas por el Grupo de Trabajo VI habían sido examinadas y respondidas por el Grupo de Trabajo V en su 36º período de sesiones (A/CN.9/671, párr. 127), observando que esa información se había incorporado a la labor del Grupo de Trabajo VI (véase el párrafo 312 infra).

B. Octavo Coloquio Judicial Multinacional

306. Se expuso ante la Comisión un breve informe sobre el Octavo Coloquio Judicial Multinacional, organizado por la CNUDMI, la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) y el Banco Mundial, que se celebró en Vancouver (Canadá) los días 20 y 21 de junio de 2009. Asistieron al

[32] *Ibid*., párr. 209.
[33] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.10.

Coloquio unos 80 jueces de alrededor de 40 Estados, que trataron temas referentes a la coordinación y la cooperación en la insolvencia transfronteriza, inclusive la comunicación entre tribunales. El Coloquio tuvo una buena acogida por parte de los jueces, que apreciaron la oportunidad de ampliar sus conocimientos sobre la cooperación en casos de insolvencia transfronteriza y de mantener contactos con otros jueces para abordar problemas y temas conexos. Muchos de esos temas se abordaban en la Guía de prácticas de la CNUDMI sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza (véase el párrafo 24 *supra*), cuya preparación recibió un amplio apoyo por parte de los jueces, por estimar que la Guía constituía una valiosa fuente de información sobre los temas y las prácticas actuales. La Comisión señaló que se prepararía un breve informe sobre el Coloquio, que podría consultarse en los sitios en Internet de las tres entidades participantes.

307. La Comisión expresó su satisfacción a la Secretaría por haber organizado el Coloquio y le pidió que siguiera cooperando activamente con la Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia (INSOL) y con el Banco Mundial con miras a organizar ulteriores coloquios, siempre que sus recursos lo permitieran.

C. Labor futura sobre el régimen de la insolvencia

308. Se planteó la cuestión de la labor futura que el Grupo de Trabajo V podría emprender con el fin de ultimar la regulación del tema actual de los grupos de empresas. La Comisión tomó nota de varias propuestas, a saber: a) la elaboración de una ley modelo basada en las recomendaciones de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia; b) la realización de un estudio sobre los distintos instrumentos financieros actualmente empleados y sobre el modo en que eran tratados en situaciones de insolvencia; y c) ante la actual crisis financiera, un examen de la insolvencia de los bancos y de otras instituciones financieras. Se convino en que se siguieran examinando y desarrollando estos temas y otros posibles temas para determinar si esa labor sería viable y con el fin de ocuparse eventualmente de la cuestión, durante el 43º periodo de sesiones de la Comisión en 2010. (Sobre los dos siguientes períodos de sesiones del Grupo de Trabajo, véase el párrafo 437 d) *infra*.)

VII. Garantías reales: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo VI

309. La Comisión recordó que, en la primera parte de su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007), se había recomendado que se encargara al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) la preparación de un anexo del proyecto de guía sobre las operaciones garantizadas que estaría dedicado a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual. En ese período de sesiones, la Comisión insistió en la necesidad de que esta tarea se concluyera en un plazo razonable[34].

---

[34] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part I)), párrs. 157 y 162.

310. La Comisión recordó asimismo que en la segunda parte de su 40º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de diciembre de 2007) ultimó y aprobó la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas (denominada en adelante "el proyecto de guía legislativa") en el entendimiento de que se prepararía, lo antes posible, el anexo del proyecto de guía legislativa a fin de facilitar oportunamente a los Estados un conjunto completo y coherente de directrices sobre esta materia[35].

311. En su actual período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición los informes del Grupo de Trabajo VI sobre la labor de sus períodos de sesiones 14º (Viena, 20 a 24 de octubre de 2008), y 15º (Nueva York, 27 de abril a 1 de mayo de 2009) (documentos A/CN.9/667 y A/CN.9/670, respectivamente). La Comisión tomó nota con satisfacción de que el Grupo de Trabajo había concluido su lectura de las dos versiones del anexo del proyecto de guía legislativa (A/CN.9/WG.VI/WP.35 y Add.1, y A/CN.9/WG.VI/WP.37 y Add.1 a Add.4) y había efectuado notables avances en su labor (A/CN.9/667, párr. 15, y A/CN.9/670, párr. 16).

312. La Comisión tomó nota asimismo con aprecio de que el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), en su 36º período de sesiones (Nueva York, 18 a 22 de mayo de 2009), examinó ciertas cuestiones vinculadas a la insolvencia que le fueron remitidas por el Grupo de Trabajo VI, por medio de los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 y A/CN.9/WG.V/WP.87, y aprobó el texto que le había sido remitido por el Grupo de Trabajo VI en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, párrafos 22 a 40, para su inclusión en el anexo del proyecto de guía legislativa (A/CN.9/671, párrs. 125 a 127).

313. La Comisión tomó nota, además, de que, en su 14º período de sesiones, el Grupo de Trabajo VI examinó su futura labor y convino en que debería poder concluir su labor sobre el proyecto de anexo a tiempo para someterlo a la aprobación final y a la adopción de la Comisión en su 43º período de sesiones en 2010 (A/CN.9/667, párr. 143). Además, la Comisión tomó nota de que en sus períodos de sesiones 14º y 15º, el Grupo de Trabajo VI había entablado un debate preliminar sobre su futuro programa de trabajo (A/CN.9/667, párrs. 141 a 143, y A/CN.9/670, párrs. 123 a 126).

314. Se observó, a ese respecto, que en el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo VI se sugirió la inclusión de los siguientes temas en el futuro programa de trabajo de este Grupo: un texto relativo a las garantías constituidas sobre valores bursátiles no abarcado por el proyecto de convenio sobre reglas de derecho sustantivo aplicables a los valores bursátiles que obren en poder de un intermediario, que preparaba el Instituto para la Unificación del Derecho Privado Internacional (UNIDROIT); una guía legislativa sobre la inscripción de las garantías; una guía contractual para la financiación garantizada; una guía contractual para concesión de licencias de propiedad intelectual; una ley modelo sobre las operaciones garantizadas que contenga las recomendaciones del proyecto de guía legislativa; y un texto sobre la franquicia (A/CN.9/670, párr. 124).

315. Respecto del proyecto de guía legislativa, la Comisión pidió a la Secretaría que acelerara la publicación de su texto tanto completo como parcial (al publicarse por separado su terminología y sus recomendaciones). La Comisión pidió asimismo

[35] *Ibid.*, Part II, párrs. 99 y 100.

a la Secretaría que intensificara su labor para dar a conocer este texto entre los Estados y otras entidades interesadas y para promover la aplicación de las recomendaciones del proyecto de guía legislativa en los Estados de diversas maneras, por ejemplo, organizando seminarios y visitas o sesiones informativas, publicando artículos, preparando o revisando proyectos de texto legales, y cooperando con otras organizaciones que se ocupan de la reforma del régimen de las operaciones garantizadas.

316. Respecto del anexo del proyecto de guía legislativa, la Comisión expresó su reconocimiento por los progresos realizados hasta la fecha por el Grupo de Trabajo VI y la Secretaría e insistió en la importancia del anexo que se preparaba para la Guía Legislativa. Se sostuvo que el desarrollo económico requería ideas innovadoras, lo cual guardaba relación con los derechos de propiedad intelectual. Se señaló además que la propiedad intelectual constituía el principal activo de muchas pequeñas y medianas empresas. Por lo tanto, se subrayó que era importante para el desarrollo económico que se facilitaran las operaciones garantizadas en las que el bien gravado fuera un derecho de propiedad intelectual.

317. Tras deliberar, la Comisión, tomando nota del interés de los especialistas en propiedad intelectual, pidió al Grupo de Trabajo VI que agilizara su labor a fin de concluir, en uno o dos períodos de sesiones, la preparación del anexo del proyecto de guía legislativa que se presentaría a la Comisión, para que lo ultimara y aprobara, en su 43º período de sesiones en 2010, a fin de facilitar ese anexo a los Estados lo antes posible, con miras a que lo pudieran adoptar. La Comisión convino en que, si dos períodos de sesiones no bastaban para ultimar un texto equilibrado y aceptable para todos, habría que dar al Grupo de Trabajo el tiempo requerido para conseguir ese resultado, aunque ello supusiera que el anexo de la guía legislativa no pudiera presentarse a la Comisión hasta su 44º período de sesiones en 2011.

318. La Comisión entabló un examen preliminar del futuro programa de trabajo del Grupo de Trabajo VI. Se expresaron diversos pareceres acerca de los temas que procedería incluir en la futura labor de este Grupo. Respecto de las garantías constituidas sobre valores bursátiles, no abarcadas por el proyecto de convenio sobre reglas de derecho sustantivo aplicables a los valores bursátiles que obren en poder de un intermediario, la Comisión indicó que, en su 40º período de sesiones en 2007, había decidido que se empezara a trabajar en la preparación de un anexo de la Guía dedicado a las garantías reales sobre valores bursátiles, teniendo en cuenta la labor emprendida en esta materia por otras organizaciones, en particular el UNIDROIT[36]. Se convino en general, por ello, que no cabría adoptar una decisión a ese respecto antes de que el UNIDROIT hubiera finalizado su labor sobre su proyecto de convenio (véase el párrafo 314 *supra*), presumiblemente en otoño de 2009. Con respecto a la preparación de una guía legislativa sobre la inscripción de las garantías en registros generales de garantías reales, se opinó que esa labor aportaría un complemento valioso a los logros de la Comisión con la Guía. Respecto de una guía contractual sobre la concesión de licencias sobre propiedad intelectual, se estimó que, de emprenderse, esa labor debería efectuarse en estrecha colaboración con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Respecto a la preparación de un texto sobre la franquicia, se expresaron dudas sobre la pertinencia

[36] *Ibid.*, Part I, párr. 160.

de esa tarea, habida cuenta de la labor de la Comisión sobre las operaciones garantizadas.

319. En cuanto al proceso preparatorio del futuro programa de trabajo del Grupo de Trabajo VI, la Comisión convino en que, de disponerse de tiempo, cabría avanzar en la labor preparatoria mediante un debate en el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo VI. Se convino además en que la Secretaría podría organizar un coloquio internacional a comienzos de 2010 que estaría abierto a una amplia participación de expertos enviados por las autoridades nacionales, las organizaciones internacionales y el sector privado. Por lo demás, la Comisión facultó a la Secretaría para que organizara, de ser necesario, una reunión de expertos con miras a obtener asesoramiento pericial para la preparación de un documento en el que se examinaran los diversos temas de trabajo y se hicieran sugerencias. Se convino en general en que con ese documento la Comisión dispondría de una base adecuada para estudiar y adoptar, en su 43º período de sesiones en 2010, una decisión sobre el futuro programa de trabajo del Grupo de Trabajo VI.

320. En respuesta a una pregunta se observó que, si el Grupo de Trabajo VI concluía su labor actual en su 16º período de sesiones, en otoño de 2009, tendría la oportunidad de estudiar un posible futuro programa de trabajo en su 17º período de sesiones, en la primavera del 2010. A ese respecto, se observó que, para estudiar un posible futuro programa de trabajo sobre garantías reales en un futuro período de sesiones, sería útil que la Comisión dispusiera de las sugerencias detalladas facilitadas por el Grupo de Trabajo VI y de un documento que la Secretaría prepararía, de ser necesario, a raíz de un coloquio y de una reunión de expertos.

321. Al concluir sus deliberaciones sobre las garantías reales, la Comisión recordó el mandato conferido a la Secretaría para que publicara el comentario de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[37]. Se sugirió, a ese respecto, que la Secretaría organizara una reunión pericial con la participación de los expertos que intervinieron en la preparación de dicha Convención. La Comisión recordó asimismo su mandato de que se publicara un texto en el que se examinara la articulación entre los diversos textos sobre garantías reales que habían preparado la Comisión, el UNIDROIT y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, dedicados a las garantías reales[38] (véanse las fechas de los dos siguientes períodos de sesiones del Grupo de Trabajo en el párrafo 437 e) *infra*).

---

[37] *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), párr. 195. Véase el texto de la Convención en el anexo de la resolución 56/81 de la Asamblea General, de 12 de diciembre de 2001. Véase información suplementaria sobre la Convención en el párrafo 376 h) *infra*.

[38] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 384.

VIII. Posible labor futura en la esfera del derecho del transporte: comentario sobre el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo

A. Novedades en relación con el Convenio

322. La Comisión observó que, tras la aprobación en su 41º período de sesiones celebrado en 2008[39] de lo que entonces se conocía como proyecto de convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, el Convenio fue ulteriormente adoptado por la Asamblea General en su resolución 63/122 de 11 de diciembre de 2008. En esa resolución, la Asamblea General autorizó también la celebración de una ceremonia por la que se abriera a la firma el Convenio que se celebraría en Rotterdam (Países Bajos) el 23 de septiembre de 2009, y exhortó a todos los gobiernos a que examinaran la posibilidad de ser partes en el Convenio. Además, la Asamblea General recomendó que las normas plasmadas en el Convenio se conocieran como "las Reglas de Rotterdam".

323. Se informó a la Comisión de los preparativos que se habían realizado para la ceremonia de firma, inclusive la distribución por la Sección de Tratados de las Naciones Unidas de una copia auténtica certificada del Convenio entre las misiones permanentes ante la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, acompañada de instrucciones para los Estados sobre cómo proceder en caso de que desearan firmar el Convenio. Además, la Comisión señaló que la secretaría de la CNUDMI había enviado una nota verbal a las misiones permanentes en la que se recordaba a los Estados que la ceremonia de firma tendría lugar el 23 de septiembre de 2009. Además, en la nota verbal se informó a los Estados sobre el coloquio que se celebraría, en el marco de la ceremonia de firma, bajo los auspicios de la CNUDMI y del Comité Marítimo Internacional (CMI). El coloquio tendría lugar el 21 deseptiembre de 2009 y en él pronunciarían conferencias sobre los diversos aspectos del Convenio destacados expertos mundiales en la cuestión. Se habían previsto también otros actos en el marco del coloquio y de la ceremonia de firma. Se invitó a las delegaciones a que consultaran la página de Internet http://www.rotterdamrules2009.com, para obtener más detalles sobre todos los actos previstos, así como copias de la información distribuida por la Sección de Tratados sobre los requisitos para la firma del Convenio. Se puso de relieve que todos los Estados estaban invitados a participar tanto en el coloquio como en la ceremonia de firma, independientemente de si tuvieran o no la intención de firmar el Convenio. Como se señaló en la nota verbal, se pidió a los Estados deseosos de participar que informaran a la Secretaría de su intención y de los miembros de sus respectivas delegaciones, así como del delegado que eventualmente firmaría el Convenio.

324. La Comisión también tomó nota de que la Secretaría había invitado a las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales cuya labor guardara relación con el objeto del Convenio a participar en el coloquio y en los actos conexos y a asistir a la ceremonia de firma en calidad de observadores. Se les pidió

[39] *Ibid.*, párr. 298.

que informaran a la Secretaría de su deseo de participar y de la composición de su delegación.

325. Se recordó que la Secretaría abría en Internet una página especial para cada uno de sus instrumentos, una vez aprobados o adoptados. La Comisión observó que, ante la rápida proliferación de información y de opiniones publicadas sobre el Convenio, se había ampliado la página de la CNUDMI en Internet dedicada a las Reglas de Rotterdam especificando en ella diversos textos relativos al Convenio, así como enlaces con otras páginas pertinentes en Internet y una página informativa (*podcast*) sobre el Convenio.

326. La Comisión tomó nota de los esfuerzos que llevaba a cabo la Secretaría para promover el Convenio. Además de preparar el coloquio y la ceremonia de firma, la Secretaría había estado ayudando a los Estados que se planteaban la posibilidad de firmar el Convenio facilitándoles la información y el apoyo necesarios para adoptar la decisión pertinente. Además, la Secretaría había preparado diversos textos relativos al Convenio para su publicación en revistas jurídicas, en sitios de Internet y en otros lugares de acceso público.

327. La Comisión observó también que, a raíz de su 41º período de sesiones, la Secretaría había participado en diversos actos encaminados a promover el Convenio y a proporcionar información al respecto. En octubre de 2008, la Secretaría participó en la 39ª Conferencia del CMI, que se celebró en Atenas (Grecia). La Comisión observó con interés que, en esa Conferencia, el CMI había respaldado por gran mayoría el Convenio, estimando que ese instrumento compaginaba en general de forma equitativa los diversos intereses del sector de los transportes y reconociendo que brindaba la excepcional oportunidad de unificar y actualizar el derecho marítimo y las prácticas seguidas a nivel mundial. Además, en abril de 2009, la Secretaría, en colaboración con la Sociedad Árabe de Derecho Marítimo y Comercial, el Comité Marítimo Internacional y otras organizaciones, había prestado asistencia en la organización de la Tercera Conferencia Árabe sobre Derecho Marítimo y Comercial, celebrada en Alejandría (Egipto) y había participado en ella. El tema principal de la conferencia de dos días de duración fue "Las Reglas de Rotterdam, y la uniformidad frente a la diversidad del derecho del transporte de mercancías por mar: una perspectiva euroárabe", y en ella se examinaron los detalles del Convenio y la cuestión de si podía satisfacer las necesidades que experimentaban los países árabes.

B. Posible labor futura sobre una nota explicativa

328. Seguidamente, la Comisión examinó la posible labor futura en relación con el Convenio, concretamente la posible redacción de una nota explicativa que se adjuntara a la publicación del texto del instrumento. Se recordó que el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), durante las deliberaciones mantenidas de 2002 a 2008, había examinado la cuestión de si determinados aspectos del texto debían ser desarrollados en un comentario o en notas explicativas que podrían acompañar al Convenio a partir de su publicación. Por ejemplo, en el último proyecto de texto del Convenio que se publicó con notas de pie de página (A/CN.9/WG.III/WP.101), la nota 6 de pie de página referente al artículo 3 sobre los "Requisitos de forma" preveía la posibilidad de incluir una nota en el texto en la que se explicara que las

notificaciones previstas en el Convenio que no estuvieran reguladas en el artículo 3 pudieran efectuarse por cualquier vía de comunicación, incluso verbalmente o por un intercambio de mensajes de datos que no satisficiera la definición de "comunicación electrónica". Ni el Grupo de Trabajo ni la Comisión habían adoptado una decisión sobre la inclusión en el texto publicado del Convenio de material adicional ni sobre la forma que podría revestir tal material.

329. Como material auxiliar para el examen de esta cuestión, la Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría (A/CN.9/679) en la que se sugerían posibles modelos de comentario o de nota que pudieran acompañar a la publicación del Convenio. En esa nota se hacía referencia a tres estilos diferentes de notas explicativas que se habían publicado anteriormente junto con otros instrumentos de la CNUDMI. Se observó que ninguna de las notas mencionadas constituía un comentario oficial sobre el convenio o la convención a que hacían referencia y que, en los antecedentes de la CNUDMI, muy raras veces se había publicado un comentario oficial sobre un instrumento. Se dijo que el único caso era el del comentario sobre el texto original referente a la Convención de 1974 no enmendada sobre la Prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías[40]. No obstante, la Comisión señaló que normalmente se publicaban notas explicativas junto con los convenios y convenciones de la CNUDMI en las que a menudo figuraba una aclaración como la siguiente: "La presente nota ha sido preparada por la secretaría de la Comisión de las Naciones para el Derecho Mercantil Internacional con fines informativos; no constituye un comentario oficial sobre el Convenio/la Convención".

330. Se observó que, al examinarse la forma que podría revestir una eventual nota publicable junto con el Convenio, tal vez convendría tener en cuenta ciertas características de las Reglas de Rotterdam. Entre estas características figuraban la extensión y la amplitud del Convenio, su objetivo de armonización de los regímenes del transporte marítimo tan dispares en el mundo, los voluminosos *travaux préparatoires*, y la publicación prevista de varios comentarios académicos sobre el Convenio en los próximos meses.

331. En general, las delegaciones de la Comisión estuvieron de acuerdo en que la Secretaría publicara en otro documento el texto del Convenio, junto con la resolución de la Asamblea General por la que quedaba adoptado. Además, se apoyó mayoritariamente la sugerencia de que la Secretaría preparara un índice sobre los largos *travaux préparatoires* que ayudara a los usuarios a tener acceso a la gestación legislativa del texto artículo por artículo. Además, algunas delegaciones apoyaron la preparación de material relativo al texto que advirtiera al lector sobre las remisiones a otras disposiciones pertinentes del Convenio.

332. Se expresaron serias reservas acerca de si era conveniente o no preparar una nota explicativa sobre el Convenio. Se observó que, si bien las Reglas de Rotterdam eran un texto largo, constituían un instrumento equilibrado y comedido que era fruto de las complejas negociaciones que se habían llevado a cabo durante varios años. Se

---

[40] *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* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.74.V.8), parte I. Véase también el párrafo 376 a) *infra*.

opinó que el texto final constituía una transacción cuidadosamente concertada que los Estados habían aprobado expresamente cuando la Asamblea General adoptó el texto en diciembre de 2008. Se expresó el temor de que el acuerdo tan trabajado e intrincado que había culminado con su adopción pudiera resultar más difícil de comprender si se publicaba un comentario detallado que, sin pretenderlo, podría reabrir ciertas cuestiones sobre las cuales había costado mucho llegar a un acuerdo. Se opinó que ese peligro sería aún mayor si el comentario fuera un texto oficial en el que se recabaran las opiniones de los Estados, por ejemplo, en el contexto de un Grupo de Trabajo. Además, se temía que la preparación de un comentario detallado, examinado o no por un Grupo de Trabajo, pudiera demorar el proceso de ratificación, ya que los Estados esperarían el resultado de las deliberaciones. Además, se expresó la opinión de que, una vez adoptado el Convenio, su interpretación debería dejarse al arbitrio de los Estados y no debería estar sujeta a otras influencias. Se exhortó a la Comisión a que, ante las reservas expresadas, no se publicara ningún comentario de esta índole junto con el texto. Las delegaciones apoyaron esta opinión.

333. Se observó que, si bien no sería prudente publicar un comentario oficial y detallado sobre el texto, la Secretaría podría contribuir a una aplicación uniforme del Convenio preparando una nota explicativa más general que no pretendiera afectar a la interpretación del texto. Además, se consideró que esa nota general podría ayudar a los Estados a hacer recomendaciones a sus asambleas parlamentarias sobre la conveniencia de adherirse o no al Convenio, y también, posteriormente, a aplicar el Convenio. Esta opinión recibió apoyo.

334. Tras deliberar, la Comisión convino en que la Secretaría preparara una breve nota introductoria sobre el Convenio en la que se describiera de forma general cómo se concertó el instrumento, pero en la que se evitara entrar a debatir cuestiones sustantivas o evaluaciones jurídicas, siguiendo tal vez la pauta de la nota publicada junto con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías ("la Convención sobre la Compraventa")[41]. Se expresó la opinión de que sería conveniente que la Secretaría presentara a la Comisión, ya en su 43º período de sesiones, un proyecto de nota introductoria para que la examinara, a reserva de los recursos disponibles. No obstante, dado el carácter puramente descriptivo de las disposiciones del Convenio que tendría la nota, que no debería servir para interpretar su contenido, la Comisión convino en que la nota fuera publicada, sin más retoques de la Comisión, como introducción al índice del historial legislativo del texto (véase el párrafo 331 *supra*), y no como texto adjunto al Convenio propiamente dicho.

IX. Posible labor futura en la esfera del comercio electrónico

335. Se recordó que en 2004, tras concluir su labor de preparación de un proyecto de convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, el Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) de la CNUDMI pidió a la Secretaría que siguiera de cerca diversas

[41] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.12. Sobre el Convenio véase más información en el párrafo 376 d) *infra*.

cuestiones relativas al comercio electrónico, entre ellas la problemática del reconocimiento transfronterizo de la firma electrónica, y que publicara el resultado de su investigación con miras a que se presentaran recomendaciones a la Comisión acerca de si sería posible emprender alguna tarea futura en estas esferas (véase A/CN.9/571, párr. 12).

336. Se recordó también que, en su 40º período de sesiones en 2007, la Comisión pidió a la Secretaría que siguiera de cerca la evolución legislativa en estos temas con miras a formular, en su caso, toda sugerencia apropiada[42]. En su 41º período de sesiones, en 2008, la Comisión pidió también a la Secretaría que emprendiera, en colaboración con la Organización Mundial de Aduanas (OMA), y con la participación de expertos, un estudio sobre los aspectos jurídicos de la puesta en práctica de un sistema de ventanilla única transfronteriza, que permitiera preparar un amplio documento de consulta internacional sobre todos los aspectos jurídicos de la creación y gestión de una ventanilla única, encaminada a gestionar las operaciones transfronterizas. La Comisión señaló que, con su participación en tal proyecto contribuiría, entre otras cosas, a mejorar la coordinación de la labor entre la Comisión, la OMA y el Centro de las Naciones Unidas para la facilitación del comercio y de la negociación por vía electrónica. La Comisión también pidió a la Secretaría que le informara, en su siguiente período de sesiones, sobre los progresos efectuados en esa labor[43].

337. En su actual período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría (A/CN.9/678) en la que se actualizaba la labor referente a los aspectos normativos y jurídicos de la introducción y puesta en práctica de un sistema de ventanillas únicas. En particular, esa nota informaba acerca de las actividades del Grupo Jurídico Conjunto OMC-CNUDMI sobre gestión transfronteriza coordinada mediante la incorporación de la ventanilla única internacional (Grupo Jurídico Conjunto), así como sobre otras iniciativas regionales en este campo. La nota hablaba además de la compilación de un amplio documento de consulta global destinado a facilitar la tarea del legislador y de otros órganos rectores que hubieran de ocuparse de las cuestiones suscitadas por el comercio electrónico, particularmente en países en desarrollo.

338. La Comisión había recibido otras propuestas acerca de su labor futura en el ámbito del comercio electrónico presentadas por los Estados miembros. Una propuesta sugería que se preparara un conjunto de normas legislativas acerca de la transferibilidad electrónica de derechos sobre mercancías en tránsito, así como sobre la transferibilidad en formato electrónico de conocimientos de embarque, cartas de crédito, pólizas de seguro y otros documentos utilizados en el transporte de mercancías (A/CN.9/681 y Add.1). Una propuesta conexa pidió la preparación de reglas uniformes relativas a la transferencia y negociación por vía electrónica de derechos o documentos con miras a favorecer una migración hacia el entorno electrónico de las operaciones comerciales transfronterizas; el enfoque sugerido mencionaba el establecimiento de registros electrónicos y el recurso a terceros de confianza en este proceso (A/CN.9/682). Una tercera propuesta sugería la

---

[42] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part I)), párr. 195.

[43] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párrs. 336 y 338.

preparación de un estudio sobre la resolución por vía electrónica de litigios nacidos de operaciones comerciales transfronterizas por vía electrónica (A/CN.9/681/Add.2).

339. La Comisión escuchó una declaración presentada por un representante de la OMC acerca de la labor del Grupo Jurídico Conjunto (véase el párrafo 411 *infra*). También escuchó una declaración de la Asamblea Interparlamentaria de la Comunidad Económica de EURASIA sobre la estructura de dicho órgano, así como sobre sus actividades relativas a la reglamentación legal del comercio electrónico y del mecanismo de la ventanilla única (véanse los párrafos 407 a 409 *infra*).

340. La Comisión insistió en la importancia, para la facilitación del comercio, de la labor del Grupo Jurídico Conjunto, particularmente en la búsqueda de soluciones para los aspectos jurídicos del mecanismo de la ventanilla única. Se señaló, además, la conveniencia de centrar esa labor en resultados prácticos, y de colaborar con órganos de carácter ejecutivo, como la OMC. Tras deliberar al respecto, la Comisión pidió a la Secretaría que siguiera participando en el Grupo Jurídico Conjunto informándole periódicamente sobre su labor, y que convocara un período de sesiones de un grupo de trabajo si el progreso de esa labor lo justificara (véase el párrafo 437 c) *infra*).

341. La Comisión se mostró de acuerdo en la importancia para el comercio electrónico de las propuestas relativas a la futura labor en el campo de los documentos electrónicos transferibles y en orden a facilitar la solución por vía informática de las controversias, por las razones indicadas en las propuestas presentadas a la Comisión. Con respecto a los documentos electrónicos transferibles, se recordó también que, conforme a lo ya observado en el 41º período de sesiones de la Comisión, la presencia de algunos elementos comunes en los distintos documentos y derechos transferidos no justificaba por sí sola que se emprendiera de inmediato alguna tarea en el marco de un grupo de trabajo[44]. Por ello, se estimó que haría falta reunir más información para poder precisar el mandato otorgable al Grupo de Trabajo IV sobre estas cuestiones y su alcance.

342. Respecto de la propuesta relativa a la resolución de controversias por vía informática, se sugirió la conveniencia de averiguar, mediante algún estudio futuro, cuáles eran los grupos interesados en que se preparara una normativa internacional, sin olvidarse de los consumidores. A este respecto, se señaló que la diversidad de legislaciones sobre protección del consumidor dificultaba particularmente la armonización en este tema. Hubo divergencias acerca de si convendría examinar la cuestión de la ejecutoriedad de los laudos emitidos a raíz de actuaciones arbitrales sustanciadas por vía informática. Se explicó que las dificultades prácticas dimanaban del hecho de que esos laudos versaban generalmente sobre sumas monetarias relativamente bajas, particularmente en litigios entablados con consumidores, así como de la cuantía de las costas procesales de una ejecución transfronteriza con arreglo a los instrumentos actualmente aplicables.

343. La Comisión pidió a la Secretaría que preparara estudios sobre la base de las propuestas formuladas en los documentos A/CN.9/681 y Add.1 y Add.2, y A/CN.9/682, a fin de que se volviera a examinar esta cuestión en algún futuro

[44] *Ibid.*, párr. 337.

período de sesiones. Se pidió asimismo a la Secretaría que organizara coloquios sobre estas cuestiones, si los recursos disponibles lo permitían.

344. La Comisión era consciente de la importancia de que se prestara una asistencia adecuada a los países en desarrollo en orden a la transición gradual hacia un comercio electrónico, así como en la promulgación de una normativa legal moderna aplicable a este comercio. Ahora bien, la Comisión estimó que no disponía de suficiente información para expresar su apoyo a la propuesta de que se emprendiera la tarea de compilar un amplio documento de consulta destinado a facilitar la labor en este campo del legislador y de otros órganos competentes. Se observó a este respecto, que, si bien ya se había facilitado al público abundante información, particularmente en el sitio de la CNUDMI en Internet, los estudios que la Comisión había ya encomendado a la Secretaría acapararían su labor en el futuro cercano. Por consiguiente, se sugirió que se volviera a examinar esta propuesta en alguna etapa ulterior, a reserva de que se dispusiera de recursos para tal fin y de que se aclarara qué cuestiones serían objeto de esa compilación.

X. Posible labor futura en la esfera del fraude comercial

345. Se recordó que la Comisión había examinado el tema del fraude comercial en sus períodos de sesiones 35º a 41º, de 2002 a 2008[45]. Se recordó asimismo que la Comisión, en su 37º período de sesiones celebrado en 2004, estuvo de acuerdo en la conveniencia de que, cuando procediera, se estudiaran ejemplos de fraude comercial en el contexto particular de proyectos que estuvieran a su cargo, a fin de que los delegados que se ocuparan de esos proyectos pudieran tener en cuenta ese problema en sus deliberaciones. Además, la Comisión convino en 2004 en la utilidad de preparar listas de las estratagemas o rasgos distintivos que caracterizaban las operaciones fraudulentas más comunes (los "indicadores de fraude comercial"), que resultarían muy instructivos para los participantes en el comercio internacional y demás entidades que pudieran ser blanco de las estratagemas de fraude, en la medida en que las ayudarían a protegerse y a evitar los consiguientes perjuicios[46].

346. La Comisión recordó también que, en su 38º período de sesiones celebrado en 2005, se le señaló la resolución 2004/26 adoptada por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) el 21 de julio de 2004, en virtud de la cual la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) inició su labor sobre la delincuencia económica y los delitos de falsificación de identidad. En la misma resolución el Consejo recomendó al Secretario General que designara a la UNODC como secretaría de un grupo intergubernamental de expertos encargado de preparar un estudio sobre el fraude y la utilización delictiva y falsificación de identidad y de

---

[45] *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; *ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párrs. 216 a 220; *ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 211 a 217; *ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part I)), párrs. 196 a 203; e *ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párrs. 339 a 347.

[46] *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 112.

elaborar, sobre la base de ese estudio y en consulta con la secretaría de la CNUDMI, prácticas, directrices y material de utilidad[47].

347. Se recordó que, en su 41º período de sesiones celebrado en 2008, la Secretaría informó sobre su labor relativa a los indicadores de fraude comercial[48] y sobre las observaciones recibidas de los Estados después de que se distribuyeran entre ellos tales indicadores. Se recordó también que, en ese período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que hiciera los ajustes y adiciones que considerara convenientes para mejorar los indicadores y los publicara posteriormente como nota informativa de la Secretaría[49]. La Comisión recordó además que en su 41º período de sesiones fue informada de la colaboración de la Secretaría con la UNODC en sus esfuerzos por combatir el fraude comercial y económico y los delitos de falsificación de identidad y había reiterado a la Secretaría su solicitud de que continuara cooperando con la UNODC y le prestara asistencia en su labor contra el fraude y la delincuencia económica, y de que informara a la Comisión de toda novedad al respecto[50].

348. En el actual período de sesiones, la Secretaría informó que se habían agregado a los indicadores, que se estaban actualizando y preparando para su publicación y difusión, varios ejemplos de estratagemas fraudulentas que se habían descubierto desde el comienzo de la crisis económica mundial. La Comisión aprobó esta forma de proceder y reiteró su apoyo de la publicación y difusión de los indicadores de fraude comercial.

349. La Secretaría informó además de que había participado en todas las reuniones del Grupo básico de expertos sobre los delitos de falsificación de identidad, que se había creado con el fin de examinar los problemas del fraude económico y de la falsificación de identidad. El Grupo básico de expertos celebró tres reuniones (noviembre de 2007, junio de 2008 y enero de 2009), cuyos resultados fueron examinados por la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en su 18º período de sesiones, celebrado el 18 de abril de 2008 y del 16 al 24 de abril de 2009 en el marco del tema titulado "Fraude económico y delitos de falsificación de identidad"[51].

350. Se informó a la Comisión de que la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, en su período de sesiones de abril de 2009, había examinado una serie de documentos relacionados con el tema del fraude económico, entre ellos los informes de las tres primeras reuniones del Grupo básico de expertos (E/CN.15/2009/CRP.10, E/CN.15/2009/CRP.11 y E/CN.15/2009/CRP.12); un informe del Secretario General sobre cooperación internacional en materia de prevención, investigación, enjuiciamiento y castigo del fraude económico y los delitos relacionados con la identidad (E/CN.15/2009/2 y Corr.1); una nota de la Secretaría cuya sección II trataba sobre el fraude económico y los delitos relacionados con la identidad (segunda parte del documento E/CN.15/2009/15); un documento de sesión sobre los elementos esenciales de la legislación penal para

---

[47] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 217.
[48] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párrs. 339 a 342.
[49] *Ibid.*, párrs. 343 y 344.
[50] *Ibid.*, párrs. 345 a 347.
[51] Sobre el informe de ese período de sesiones, véase *Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social, 2009, Suplemento núm. 10* (E/2009/30-E/CN.15/2009/20).

combatir los delitos de falsificación de identidad (E/CN.15/2009/CRP.9); un documento de sesión sobre los enfoques jurídicos de la penalización del robo de identidad (E/CN.15/2009/CRP.13); y un documento de sesión sobre los problemas de las víctimas de delitos relacionados con la identidad (E/CN.15/2009/CRP.14)[52].

351. Se informó a la Comisión sobre dos temas que se habían planteado durante los debates del 18º período de sesiones de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal que podrían revestir especial interés para la CNUDMI. El primer tema era el de la prevención de la delincuencia económica y de los delitos de falsificación de identidad, y de la cooperación al respecto con el sector privado. El segundo tema era el de la cooperación internacional en la prevención del fraude económico y de los delitos de falsificación de identidad, particularmente la sensibilización sobre el problema y la prestación de asistencia técnica. La Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal llegó a las siguientes conclusiones después de que se informara a la CNUDMI del posible interés que podían revestir para ella las deliberaciones temáticas sobre la delincuencia económica y los delitos de falsificación de identidad:

a) Se convino en general en que, habida cuenta del carácter cada vez más transnacional del fraude económico y de los delitos de falsificación de identidad, era indispensable reforzar los mecanismos de cooperación internacional para combatir eficazmente este tipo de delincuencia;

b) Se insistió en que se prestara especial atención a la protección de las víctimas del fraude económico y de los delitos de falsificación de identidad, particularmente mediante actividades de sensibilización y programas educativos, entre otras cuestiones;

c) La preparación y formación de las víctimas potenciales del fraude y de los delitos de falsificación de identidad, divulgándoles la información pertinente, se consideraron elementos clave de toda estrategia de prevención del delito; y

d) Se reconoció que la cooperación entre los sectores público y privado era fundamental para elaborar un cuadro exacto y completo de los problemas que planteaban el fraude económico y los delitos de falsificación de identidad y para adoptar y aplicar medidas preventivas y medidas aplicables tras la comisión de los delitos.

352. En su 18º período de sesiones, la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal recomendó al Consejo Económico y Social que adoptara[53] un proyecto de resolución en el que el Consejo reconocía los esfuerzos realizados por la UNODC por establecer, en consulta con la CNUDMI, el Grupo básico de expertos sobre los delitos relacionados con la identidad y por convocar periódicamente a representantes de los gobiernos, entidades del sector privado, organizaciones internacionales y regionales y círculos académicos para reunir experiencias, desarrollar estrategias, promover nuevas investigaciones y convenir en medidas prácticas de lucha contra los delitos relacionados con la identidad. En el proyecto de resolución la Comisión también recomendaba al Consejo que recopilara, elaborara y difundiera diversos textos, de los cuales se dijo que los más importantes para la

[52] *Ibid.*, capítulo II.
[53] *Ibid.*, capítulo I, B, proyecto de resolución I.

CNUDMI serían los siguientes: el material sobre asistencia técnica para capacitación y para fomentar la pericia y la capacidad con objeto de prevenir y combatir la delincuencia económica y los delitos de falsificación de identidad; el material sobre prácticas y directrices útiles para determinar las repercusiones de esos delitos para las víctimas; y textos sobre las prácticas óptimas de asociación entre entidades públicas y privadas para prevenir el fraude económico y los delitos de falsificación de identidad. Por último, en el proyecto de resolución se pedía a la UNODC que prosiguiera sus esfuerzos, en consulta con la CNUDMI, por promover el entendimiento mutuo y el intercambio de opiniones entre entidades de los sectores público y privado sobre cuestiones relativas al fraude económico y los delitos relacionados con la identidad, con miras a facilitar la cooperación entre diversas partes interesadas de ambos sectores, mediante la continuación de la labor del Grupo básico de expertos, y por informar periódicamente a la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal acerca de los resultados de su labor.

353. La Comisión tomó nota de que determinadas medidas solicitadas a la UNODC por la Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal en su proyecto de resolución darían un amplio margen para la integración de la labor de la CNUDMI sobre los indicadores de fraude comercial, que sería un instrumento importante para la prevención e información y un posible elemento de las actividades de mayor alcance que la UNODC pudiera emprender al respecto. En respuesta a una pregunta sobre la posibilidad de que la CNUDMI emprenda una labor en este ámbito, por ejemplo, elaborando un código de conducta, se informó a la Comisión de que, a raíz de la aprobación del proyecto de resolución del Consejo Económico y Social, la Secretaría consultaría con la secretaría de la UNODC sobre las posibilidades de emprender una labor en el futuro y de colaborar, e informaría al respecto a la CNUDMI en uno de sus futuros períodos de sesiones.

354. La Comisión expresó su gratitud a la Secretaría por la labor que venía realizando en cuestiones de fraude comercial y manifestó el deseo de que la Secretaría siguiera esforzándose por colaborar con la secretaría de la UNODC en sus actividades contra el fraude económico y los delitos de falsificación de identidad, inclusive informando a la Comisión, en sus futuros períodos de sesiones, sobre las novedades al respecto.

355. Una delegación propuso que la labor de la Comisión en materia de fraude comercial se hiciera extensiva al fraude financiero, habida cuenta de la situación actual y de los recientes acontecimientos en el mercado financiero que tenían repercusiones transfronterizas e internacionales. Se propuso que en la labor futura sobre el fraude financiero se estudiaran los indicadores de tal fraude y medidas para prevenirlo. Se propuso además que se examinaran medidas para paliar eficazmente las consecuencias del fraude financiero, con miras a mantener la integridad del mercado financiero mundial. Como posible medida se mencionó la creación de un órgano institucional de arbitraje. La Comisión tomó nota de estas propuestas.

XI. Apoyo otorgado a los textos de otras organizaciones: revisión de 2007 de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios publicados por la Cámara de Comercio Internacional

356. La Cámara de Comercio Internacional (CCI) pidió a la Comisión que estudiara la posibilidad de recomendar la utilización, en el comercio internacional, de la versión revisada en 2007 de las Reglas y los Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (RUU 600), tal como hizo cuando se revisaron las versiones anteriores de las RUU en 1962, 1974, 1983 y 1993.

357. La Comisión reconoció que las RUU 600, encaminadas a normalizar las prácticas en los negocios con créditos documentarios, constituían reglas contractuales internacionales eficaces para regir los créditos documentarios. Tomando nota de los notables cambios introducidos en la versión anterior de las RUU, la Comisión convino en recomendar que se utilizaran las RUU 600 y, con tal fin, adoptó la siguiente decisión:

> "*La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*,
>
> *Expresando* su reconocimiento a la Cámara de Comercio Internacional por haberle hecho llegar el texto revisado de las Reglas y los Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, aprobado el 25 de octubre de 2006 por la Comisión de Técnica y Práctica Bancaria de la Cámara de Comercio Internacional, con efecto a partir del 1 de julio de 2007,
>
> *Felicitando* a la Cámara de Comercio Internacional por haber de nuevo contribuido a facilitar el comercio internacional actualizando sus reglas sobre las prácticas comerciales con créditos documentarios teniendo en cuenta la evolución registrada en los sectores de la banca, los transportes y los seguros, así como las nuevas aplicaciones tecnológicas,
>
> *Tomando nota* de que las "Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios" constituyen una valiosa contribución a la facilitación del comercio internacional,
>
> *Recomienda* que se utilice la versión revisada de 2007, cuando proceda, en las operaciones en que se establezca un crédito documentario."

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

358. La Comisión recordó que, en su 28º período de sesiones, celebrado en 1995, había aprobado un proyecto, emprendido en colaboración con el Comité D (llamado ahora Comité del Arbitraje) de la Asociación Internacional de Abogados, encaminado a seguir de cerca la aplicación legislativa de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras

(Nueva York, 1958) ("la Convención de Nueva York")[54] y a examinar los mecanismos procesales que los Estados hubiesen adoptado para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales dictados con arreglo a lo previsto en la Convención[55]. Se distribuyó entre los Estados un cuestionario para averiguar la manera en que se iba incorporando la Convención de Nueva York a los ordenamientos jurídicos nacionales y la forma en que se interpretaba y aplicaba su texto. Una de las cuestiones principales que se deseaba dilucidar con ese proyecto era la de si los Estados imponían requisitos suplementarios para el reconocimiento y la ejecución de los laudos que no estaban previstos en la Convención de Nueva York. Se recordó asimismo que la Secretaría ya había presentado un informe provisional, en su 38º período de sesiones, en 2005, en el que se exponían las cuestiones suscitadas por las respuestas que se dieron al citado cuestionario (A/CN.9/585)[56].

359. En el actual período de sesiones, la Comisión recordó que, en su 41º período de sesiones, había examinado un informe escrito acerca del mencionado proyecto, en el que se informaba del seguimiento dado por los Estados a la Convención de Nueva York, así como acerca de su interpretación y aplicación y de los requisitos y trámites impuestos por los Estados para reconocer la ejecutoriedad de un laudo con arreglo a la Convención de Nueva York, basándose en las respuestas enviadas por 108 Estados parte en esa Convención (A/CN.9/656 y Add.1). La Comisión había acogido con agrado las recomendaciones y conclusiones del informe e hizo notar que cabía deducir de ellas la labor adicional que procedería efectuar para obtener una interpretación más uniforme y una aplicación más eficaz de la Convención de Nueva York. En la Comisión había prevalecido el parecer de que convendría plasmar el resultado de este proyecto en una guía para la incorporación al derecho interno de la Convención de Nueva York, con miras a obtener una interpretación y aplicación uniformes de la Convención, lo que eliminaría la incertidumbre resultante de una aplicación parcial o imperfecta de su texto y reduciría el riesgo de que los Estados se apartaran en sus prácticas del espíritu de la Convención. La Comisión había pedido a la Secretaría que estudiara si sería viable preparar esa guía. También había pedido a la Secretaría que publicara, en el sitio de la CNUDMI en Internet, la información reunida en el curso del proyecto, en el idioma original en que se recibió. La Comisión había convenido asimismo en que, de permitirlo los recursos, se incluyeran en el proyecto de asistencia técnica de la Secretaría actividades destinadas a difundir información sobre la interpretación judicial de la Convención de Nueva York, labor que complementaría valiosamente otras actividades emprendidas en apoyo de esta Convención[57].

360. En su actual período de sesiones, la Comisión escuchó un informe verbal acerca del proyecto. La Comisión tomó nota de que se estaba planeando la preparación de un proyecto de guía para la incorporación de la Convención de Nueva York al derecho interno y que se publicaría en el sitio de la CNUDMI en Internet la información recogida en el curso del proyecto en la medida en que se

---

[54] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739. Véase también el párrafo 376 j) *infra*.

[55] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/50/17), párrs. 401 a 404.

[56] *Ibid.*, *sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párrs. 188 a 191.

[57] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párrs. 353 a 360.

fuera confirmando su exactitud. La Comisión instó a los Estados a que facilitaran información a la Secretaría acerca de la aplicación interna de la Convención de Nueva York a fin de que la CNUDMI publicara en su sitio en Internet información actualizada a ese respecto. La Comisión tomó nota de que se publicarían también, como parte del proyecto, las observaciones recibidas de los Estados acerca de la aplicación que se estaba dando en su territorio a la recomendación aprobada por la Comisión, en su 39º período de sesiones en 2006 acerca de la interpretación del artículo II, párrafo 2, y del artículo VII, párrafo 1, de la Convención de Nueva York[58]. Se observó que una mayoría notable de los Estados apoyaban esa recomendación como medio para promover una interpretación uniforme y flexible, en cada país, del requisito de que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, que se enuncia en el párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York. La Comisión tomó nota de que se tenía previsto diseñar y poner en práctica, en coordinación con otras organizaciones internacionales, actividades de asistencia técnica para responder a ciertos problemas que se descubrieron durante la ejecución del proyecto. La Comisión convino en que se presentara, en un futuro período de sesiones de la Comisión, una exposición más detallada de los progresos efectuados por el proyecto en orden a la aplicación de la Convención de Nueva York.

361. La Comisión recordó que la Comisión sobre el Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) había creado un equipo de tareas para examinar los reglamentos aplicables en cada país para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros. La Comisión expresó su reconocimiento a la Comisión sobre el Arbitraje de la CCI y elogió a la Secretaría por la estrecha colaboración mantenida entre las dos instituciones. Se señaló que la Asociación Internacional de Abogados invitó, durante su reunión anual en 2008, tanto al representante de la CNUDMI como al de la Comisión sobre el Arbitraje de la CCI a que cotejaran sus respectivos proyectos. En vista de los rasgos comunes que se señalaron entre la labor de la Comisión y la de la CCI, la Comisión expresó el deseo de que en el futuro se buscaran nuevas oportunidades para emprender actividades conjuntas. Se alentó a la Secretaría a que preparara nuevas iniciativas a este respecto.

XIII. Asistencia y cooperación técnicas

A. Actividades de cooperación y asistencia técnicas

362. La Comisión dispuso de una nota de la Secretaría (A/CN.9/675 y Add.1) en la que se describían las actividades de cooperación y asistencia técnicas emprendidas con posterioridad a la fecha de la nota sobre ese tema que se presentó a la Comisión en su 41º período de sesiones, en 2008 (A/CN.9/652). La Comisión destacó la importancia de esa cooperación técnica y expresó su reconocimiento a la Secretaría por las actividades emprendidas, que se reseñan en los párrafos 8 a 31 del documento A/CN.9/675. Se subrayó que la asistencia técnica legislativa, en particular la que se prestaba a los países en desarrollo, era una actividad no menos importante que la propia actividad de formulación de reglas uniformes. Por esta razón, se alentó a la Secretaría a que siguiera prestando esa asistencia tan

[58] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), anexo II.

ampliamente como fuera posible y de modo tal que los países en desarrollo se beneficiaran aún más de ella.

363. Se apoyó la organización de actividades de asistencia y cooperación técnicas por considerarse que eran de particular utilidad. La Comisión pidió a la Secretaría que se planteara la posibilidad de estar presente en regiones o en determinados países, por ejemplo, enviando funcionarios a las oficinas de las Naciones Unidas sobre el terreno, colaborando con las oficinas sobre el terreno ya existentes o estableciendo oficinas de la CNUDMI en países. Además de la asistencia técnica prestada para la utilización y adopción de textos de la CNUDMI, se señaló que muchos países experimentaban dificultades para asistir continuamente a las reuniones de la Comisión y de sus grupos de trabajo y que tal vez requirieran asistencia de preparación y de participación en la labor de esos órganos, especialmente cuando los temas tratados fueran sumamente técnicos, de modo que pudieran estar en condiciones de participar eficazmente en las reuniones. Se estimó que también podría ser útil establecer canales de información para facilitar el seguimiento continuo de la labor realizada.

364. La Comisión señaló que la posibilidad de participar de forma ininterrumpida en las actividades de cooperación y asistencia técnicas atendiendo a las solicitudes concretas de los Estados y de organizaciones regionales dependía de la disponibilidad de fondos para cubrir los gastos conexos de la CNUDMI. La Comisión observó en particular que, no obstante los esfuerzos realizados por la Secretaría para obtener nuevas donaciones, los recursos disponibles en el Fondo Fiduciario de la CNUDMI para la organización de simposios eran muy limitados. Por consiguiente, era necesario examinar muy cuidadosamente las solicitudes de asistencia técnica y limitar el número de actividades de esa índole. La Comisión pidió a la Secretaría que estudiara modos de obtener recursos extrapresupuestarios para que la CNUDMI pudiera adoptar, respecto de la asistencia técnica, un enfoque similar al de la UNODC, señalando que debería disponer de los medios necesarios para llevar a cabo actividades de cooperación y asistencia técnicas.

365. La Comisión hizo un llamamiento a todos los Estados para que ayudaran a la Secretaría a encontrar fuentes de fondos disponibles en sus respectivos países u organizaciones que pudieran asociarse con la CNUDMI para prestar apoyo a las actividades de cooperación y asistencia técnicas, a fin de promover la utilización y la adopción de los textos de la CNUDMI, así como una participación más amplia en su elaboración.

366. La Comisión también 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 atendiera las crecientes peticiones de los países en desarrollo y de los países con economías en transición que requieren actividades de asistencia y cooperación técnicas. La Comisión expresó su agradecimiento al Camerún, a México y a Singapur por haber contribuido al Fondo Fiduciario desde el 41º período de sesiones de la Comisión, y a las organizaciones que habían contribuido al programa facilitando fondos o acogiendo seminarios. La Comisión también expresó su agradecimiento a Francia, que había financiado los servicios prestados a la Secretaría por un funcionario subalterno del cuadro orgánico.

367. 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 para ayudar a sufragar los gastos de viaje de los representantes de los países en desarrollo que fueran miembros de la Comisión. La Comisión expresó su agradecimiento a Austria por haber contribuido al Fondo Fiduciario de la CNUDMI, posibilitando así la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que integran la CNUDMI.

B. Apoyo a una interpretación uniforme de los textos de la CNUDMI

368. 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 (CLOUT). Hasta el 8 de abril de 2009 se habían preparado para su publicación 83 números de extractos de resoluciones judiciales sobre textos de la CNUDMI de la serie CLOUT, que se referían a 851 casos, en su mayoría relacionados con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y con la Ley Modelo sobre el Arbitraje, pero que incluían también algunos casos relacionados con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza.

369. Se convino en general en que el sistema CLOUT continuaba representando un importante instrumento para promover una mayor utilización y una mejor comprensión de las normas jurídicas elaboradas por la CNUDMI. Se consideró también que el fomento del sistema CLOUT para difundir jurisprudencia y material jurídico en todos los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas era fundamental para lograr una interpretación y una aplicación más uniformes de los textos de la CNUDMI y que debería considerarse una cuestión prioritaria, junto con la asistencia técnica para la reforma legislativa emprendida por la CNUDMI.

370. La Comisión expresó su reconocimiento a los corresponsales nacionales y a las demás entidades y particulares que colaboraban en el desarrollo del sistema CLOUT. Se subrayó también la necesidad de un sistema de recopilación de jurisprudencia que fuera duradero y que se adaptara a la evolución de las circunstancias. La Comisión convino en que se pidiera a los Estados que hubieran nombrado corresponsales nacionales que reconfirmaran sus nombramientos cada cinco años, de modo que los corresponsales que desearan proseguir activamente su labor pudieran hacerlo y para dar también a nuevos corresponsales la oportunidad de participar en el sistema. A fin de facilitar la aplicación de esa disposición, el mandato de los actuales corresponsales nacionales expiraría en 2012 y se pediría a los Estados que, en ese momento, prorrogaran el mandato de sus corresponsales y, seguidamente, cada cinco años. Se pidió a la Secretaría que actualizara las directrices existentes para los corresponsales nacionales (véase A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1) para tener en cuenta los cambios registrados.

371. La Comisión puso de relieve la necesidad de promover una recopilación más exhaustiva de jurisprudencia tanto en los países que ya participan en el sistema CLOUT como en los países que están actualmente subrepresentados. La Comisión pidió a la Secretaría que utilizara todas las fuentes informativas disponibles que pudieran complementar la información facilitada por los corresponsales nacionales.

Se pidió a la Secretaría que llevara a cabo esa labor en colaboración con los corresponsales nacionales ya designados.

372. La Comisión observó que para que el sistema CLOUT pudiera seguir proporcionando información relevante, era importante renovar periódicamente el sistema y perfeccionarlo. La Comisión señaló asimismo que esas actividades requerían muchos recursos y que actualmente la Secretaría trataba de utilizar los recursos de que disponía para asegurar la coordinación del sistema. La Comisión hizo un llamamiento a todos los Estados para que colaboraran con la Secretaría para encontrar fuentes de financiación a nivel nacional que garantizaran la coordinación y la expansión del sistema CLOUT.

373. La Comisión indicó que se había publicado el compendio de jurisprudencia basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa y que se había empezado a preparar una edición revisada que pudiera publicarse en 2010. Señaló también que se había preparado un boletín trimestral y un folleto informativo con objeto de facilitar la difusión de información sobre el sistema CLOUT.

C. Biblioteca y recursos en línea

374. La Comisión también tomó nota de las novedades con respecto al sitio de la CNUDMI en Internet (www.uncitral.org) y recalcó su importancia como componente del programa general de información y de actividades de asistencia técnica de la CNUDMI. La Comisión expresó su agradecimiento por el hecho de que existiera en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas y alentó a la Secretaría a que lo mantuviera y lo siguiera mejorando de conformidad con las directrices existentes. Se observó con especial reconocimiento que, desde el 41º período de sesiones de la Comisión, esa página de la CNUDMI en Internet había registrado más de un millón de visitas. Se acogió con beneplácito la supervisión de las novedades y de la información relativa a las actividades de la CNUDMI y el hecho de que esa información pudiera consultarse en el sitio de la CNUDMI en Internet.

375. La Comisión tomó nota con agradecimiento de las mejoras introducidas en la Biblioteca Jurídica de la CNUDMI y, en particular, de la promoción de los recursos electrónicos y de material audiovisual. Tomó nota también de las novedades registradas en torno a las publicaciones de la CNUDMI, inclusive la nota de la Secretaría en la que figuraba la bibliografía de obras recientemente publicadas que guardaban relación con la labor de la CNUDMI (A/CN.9/673), y de la introducción de complementos electrónicos en ese documento anual.

XIV. Situación actual de los textos jurídicos de la CNUDMI y labor de promoción de esos textos

376. La Comisión examinó la situación de los convenios, las convenciones y las leyes modelo dimanantes de su labor y la de la Convención de Nueva York, basándose en una nota de la Secretaría (A/CN.9/674) y en la información actualizada que podía consultarse en el sitio de la CNUDMI en Internet. La Comisión tomó nota con reconocimiento de la información referente a las nuevas

medidas legislativas de adhesión y promulgación comunicadas desde la celebración de su 41º período de sesiones acerca de los siguientes instrumentos:

a) Convención [no enmendada] sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, 1974 (Nueva York)[59] (depósito de nuevo instrumento: Bélgica; 28 Estados Partes);

b) Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías [enmendada], 1980 (Nueva York)[60] (depósito de nuevo instrumento: Bélgica; 20 Estados Partes);

c) Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo)[61] (34 Estados Partes);

d) Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, 1980 (Viena)[62] (depósito de nuevos instrumentos: Albania, Armenia, Japón y Líbano; 74 Estados Partes);

e) Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, 1988 (Nueva York)[63] (la Convención cuenta con cinco Estados Partes; para que entre en vigor se necesitan diez);

f) Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional, 1991 (Viena)[64] (el Convenio cuenta con cuatro Estados Partes; para que entre en vigor se necesitan cinco Estados Partes);

g) Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, 1995 (Nueva York)[65] (ocho Estados Partes);

h) Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, 2001 (Nueva York)[66] (la Convención tiene un Estado Parte; para su entrada en vigor se requieren cinco Estados Partes);

i) Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, 2005 (Nueva York)[67] (para su entrada en vigor se requieren tres Estados Partes);

---

[59] *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* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.74.V.8), parte I.

[60] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.13.

[61] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.14.

[62] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.12.

[63] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.16.

[64] *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.

[65] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.97.V.12.

[66] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.04.V.14.

[67] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.07.V.2.

j) Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958 (Nueva York)[68] (depósito de nuevos instrumentos: Islas Cook y Rwanda; 144 Estados Partes);

k) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, enmendada en 2006)[69] (se han promulgado normas legales basadas en la Ley Modelo en la ex República Yugoslava de Macedonia (2006), Honduras (2000), la República Dominicana (2008) y Serbia (2006); se promulgaron normas legales basadas en la Ley Modelo, en su forma enmendada en 2006, en Eslovenia (2008), Mauricio (2008), Nueva Zelandia (2007) y el Perú (2008));

l) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito (1992)[70];

m) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994)[71] (se han promulgado normas legales basadas en la Ley Modelo en Bangladesh, Ghana, Guyana, Madagascar, Nepal, Rwanda y Zambia);

n) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)[72] (se han promulgado normas legales basadas en la Ley Modelo en Brunei Darussalam (2000), Cabo Verde (2003) y Guatemala (2008));

o) Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997)[73] (se han promulgado normas legales basadas en la Ley Modelo en Eslovenia (2008) y Mauricio (2009));

p) Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)[74] (se han promulgado normas legales basadas en la Ley Modelo en Cabo Verde (2003) y Guatemala (2008); se promulgó una norma legal inspirada en los principios de la Ley Modelo en Costa Rica (2005));

q) Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002)[75]; se promulgaron normas legales inspiradas en los principios de la Ley Modelo en los Estados Unidos de América (Estados de Idaho, South Dakota, Utah, Vermont y District of Colombia).

377. Con respecto a las leyes modelo y guías legislativas, la Comisión observó que su utilización y la influencia que ejercían en la labor legislativa de los Estados y las organizaciones intergubernamentales eran considerablemente mayores de las que se desprendían de la limitada información de que disponía la Secretaría y que se reflejaba en la nota antes mencionada.

378. La Comisión fue informada, y tomó nota con reconocimiento, de que varios Estados habían adoptado legislación que les permitiría pasar a ser partes en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa

[68] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, núm. 4739.
[69] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.08.V.4.
[70] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.11.
[71] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.V.13.
[72] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4.
[73] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.3.
[74] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8.
[75] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.4.

Internacional de Mercaderías (1980) y en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[76], y de que los instrumentos por los que esos Estados consentirían en quedar vinculados por esas Convenciones se depositarían oportunamente en poder del Secretario General.

XV. Métodos de trabajo de la CNUDMI

379. La Comisión recordó que, en la primera parte de su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007), dispuso de las observaciones y propuestas de Francia sobre los métodos de trabajo de la Comisión (A/CN.9/635), y entabló un intercambio preliminar de opiniones sobre esas observaciones y propuestas. En ese período de sesiones se convino en que la cuestión de los métodos de trabajo se incluyera como tema concreto en el programa de la Comisión para la continuación de su 40º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de diciembre de 2007). Con miras a facilitar las consultas oficiosas entre todos los Estados interesados, se pidió a la Secretaría que preparara una recopilación de las reglas y prácticas de procedimiento establecidas por la propia CNUDMI o por la Asamblea General en sus resoluciones relativas a la labor de la Comisión. También se pidió a la Secretaría que adoptara las disposiciones necesarias, en la medida en que lo permitieran los recursos, para que los representantes de todos los Estados interesados se reunieran el día antes de la apertura de la continuación del 40º período de sesiones de la Comisión y, de ser posible, durante ese período propiamente dicho[77].

380. La Comisión recordó también que, en la continuación de su 40º período de sesiones, había examinado la cuestión de los métodos de trabajo de la Comisión basándose en las observaciones y propuestas de Francia relativas a los métodos de trabajo de la Comisión (A/CN.9/635), en las observaciones de los Estados Unidos sobre el mismo tema (A/CN.9/639) y, conforme a lo solicitado, en una nota de la Secretaría sobre el reglamento y los métodos de trabajo de la Comisión (A/CN.9/638 y Add.1 a Add.6). Se informó a la Comisión acerca de las consultas oficiosas que se habían celebrado el 7 de diciembre de 2007 entre los representantes de todos los Estados interesados sobre las reglas de procedimiento y los métodos de trabajo de la Comisión. En ese período de sesiones, la Comisión acordó que todo examen futuro debería basarse en sus propias deliberaciones previas sobre esta cuestión, en las observaciones presentadas por Francia y los Estados Unidos (A/CN.9/635 y A/CN.9/639), y en la nota de la Secretaría (A/CN.9/638 y Add.1 a Add.6) que, según se estimaba, ofrecía una visión general histórica particularmente importante de la elaboración y evolución del reglamento y los métodos de trabajo de la CNUDMI. La Comisión también convino en que se encomendara a la Secretaría la preparación de un documento de trabajo en el que se describiesen las prácticas actualmente seguidas por la Comisión al aplicar el reglamento y los métodos de trabajo, en particular en lo referente a la adopción de decisiones y a la participación de entidades no estatales en la labor de la CNUDMI, sintetizando la información pertinente de su nota anterior (A/CN.9/638 y Add.1 a Add.6). Ese documento de

[76] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.07.V.02.

[77] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part I)), párrs. 234 a 241.

trabajo serviría de base para las deliberaciones futuras, oficiales y oficiosas, de la Comisión en la materia, quedando entendido que la Secretaría indicaría, cuando procediera, sus observaciones sobre el reglamento y los métodos de trabajo a fin de que la Comisión pudiera examinarlas. La Comisión convino además en que la Secretaría distribuyera a todos los Estados el documento de trabajo para que formularan sus observaciones y en que reuniera toda observación que recibiera, en que se celebraran consultas oficiosas entre los Estados interesados, de ser posible, antes del 41º período de sesiones de la Comisión, y en que la Comisión, si dispusiera de tiempo, ya examinara el documento de trabajo en su 41º período de sesiones[78].

381. La Comisión recordó también que, en su 41º período de sesiones celebrado en 2008, dispuso de una nota de la Secretaría en que se describían las prácticas seguidas actualmente por la Comisión en lo que respecta a la adopción de decisiones, así como a la participación de los observadores que asisten a las reuniones de la CNUDMI y a la labor preparatoria de la Secretaría (A/CN.9/653). En ese período de sesiones, la Comisión dispuso también de una nota de la Secretaría con una recopilación de las observaciones recibidas en relación con la nota A/CN.9/653 de la Secretaría antes del 41º período de sesiones de la Comisión (A/CN.9/660 y Add.1 a Add.5). La Comisión pidió a la Secretaría que preparara un anteproyecto de documento de consulta, basándose en la nota de la Secretaría (A/CN.9/653), destinado a los presidentes de los distintos órganos, a los delegados y observadores y a la Secretaría. Quedó entendido que habría que dar al documento de consulta un carácter en cierto modo más normativo que el que tenía el documento A/CN.9/653. Aunque la mayoría de las veces se utilizó el término "directrices" para describir el futuro documento de consulta, no se adoptó ninguna decisión sobre la forma que dicho documento debería finalmente revestir. Se pidió a la Secretaría que distribuyera entre los Estados y las organizaciones internacionales interesadas el proyecto de documento de consulta, para que formularan observaciones, y que preparara una recopilación de las observaciones recibidas con objeto de que la Comisión las examinara en su 42º período de sesiones. Sin perjuicio de otras formas de consulta, la Comisión decidió que se destinaran dos días, al principio del 42º período de sesiones, al examen del proyecto de documento en reuniones oficiosas que contaran con servicios de interpretación en los seis idiomas oficiales[79].

382. En el actual período de sesiones, la Comisión ha dispuesto de una nota de la Secretaría en la que figuraba un anteproyecto del documento de consulta (A/CN.9/676). Se ha informado a la Comisión de que, conforme a lo solicitado por ella misma en su 41º período de sesiones (véase el párrafo inmediatamente anterior), el proyecto de documento de consulta se había distribuido entre los Estados y las organizaciones internacionales interesadas, para que formularan observaciones, y de que las observaciones recibidas por la Secretaría al respecto se habían recopilado en los documentos A/CN.9/676/Add.1 a Add.9. La Comisión también ha tenido a su disposición una propuesta de Francia (A/CN.9/680) en la que sugería introducir algunas revisiones en el documento de consulta A/CN.9/676. También conforme a lo solicitado por la Comisión en

[78] *Ibid.*, Part II, párrs. 101 a 107.
[79] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párrs. 373 a 381.

su 41º período de sesiones, en su actual período de sesiones dedicó los dos primeros días a celebrar consultas oficiosas sobre el tema de los métodos de trabajo.

383. La Comisión expresó su agradecimiento por los documentos presentados y convino en general en que constituían una sólida base para formular un conjunto de directrices que sirvieran de referencia para los presidentes de órganos de la CNUDMI, los delegados y la Secretaría. Las deliberaciones subsiguientes se basaron en el documento A/CN.9/676.

384. La Comisión observó que en las consultas oficiosas se habían examinado los párrafos 1 a 14 y 37 a 43 del documento A/CN.9/676. Tras las consultas oficiosas se sometieron al examen de la Comisión propuestas de revisión de los párrafos 11, 12 y 14.

385. Con respecto al párrafo 11, se sugirió que su texto fuera revisado del modo siguiente:

> "11. No existe ninguna definición de "consenso" reconocida como tal por las Naciones Unidas. Ahora bien, en la práctica de las Naciones Unidas, suele entenderse que el consenso es el método para adoptar decisiones cuando no se presentan objeciones formales y no se procede a una votación; el consenso solo resulta posible cuando no se presenta ninguna objeción formal, por parte de una delegación, a que se deje constancia de que la decisión se adoptó por consenso, aunque una o más delegaciones hayan formulado ciertas reservas sobre la cuestión de fondo debatida o sobre parte de ella. El hecho de que se deje constancia de un consenso no significa necesariamente que haya habido unanimidad de pareceres, es decir, un acuerdo completo sobre la cuestión debatida y una ausencia de reservas al respecto[12]. Debe por ello distinguirse "el consenso" de la unanimidad, es decir, de la adopción de una decisión sin ningún voto negativo, aun cuando haya habido alguna abstención. Se dan numerosos casos en la práctica de las Naciones Unidas en los que algún Estado ha declarado algún parecer contrario o ha formulado alguna reserva sobre algún punto debatido sin que ese Estado haya puesto reparos a que se deje constancia de que la decisión se ha adoptado por consenso[13], lo cual incluye toda decisión adoptada "sin ser sometida a votación".

---

[12] Véase el dictamen emitido al respecto en el Anuario Jurídico de las Naciones Unidas, 1987 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.96.V.6), págs. 174 y 175, cuestión 5.

[13] *Ibid*. El dictamen jurídico emitido en 1987 figura en una nota de la Secretaría (A/CN.9/638/Add.4, párr. 22). En los párrafos 16 a 24 de esa nota se aclara el significado del concepto de "consenso" en la práctica de las Naciones Unidas. Algunos órganos distinguen entre "consenso" y "decisión adoptada sin ser sometida a votación". El término "consenso" se utiliza meramente para indicar la situación en la que ninguna delegación discrepante haya insistido en su desacuerdo hasta el final, impidiendo que se adopte una decisión "por consenso". Por supuesto, en tal caso, cabe que la delegación o las delegaciones discrepantes se limiten a expresar su desacuerdo y expresen el deseo de que se deje constancia de su parecer. Cuando alguna delegación no desee verse vinculada a una decisión, pide en ocasiones que se deje constancia de que esa decisión se adoptó "sin ser sometida a votación". En tal caso, la decisión pierde parte de su aura de universalidad y cabrá decir de ella que no ha sido adoptada por "consenso" en el sentido estricto de la palabra. Otros órganos utilizan indistintamente los términos "por consenso", "sin ser sometida a votación" o "mediante acuerdo general". En todo caso, conforme se observó en el dictamen emitido en 1987, "el valor o el significado jurídico de la decisión no se verá afectado por la manera en que haya sido adoptada. Una vez adoptada, toda decisión se tiene por legítimamente adoptada"."

386. Se convino en general en que la revisión sugerida reflejaba plenamente los debates celebrados durante la consulta oficiosa. No obstante, se expresó una reserva acerca de si tal párrafo, en el que se describían las prácticas de consenso en las Naciones Unidas en general y que, por tanto, eran aplicables no solo a la Comisión sino también a todos los órganos de las Naciones Unidas, podía formar parte de un documento elaborado por la Comisión. La Comisión tomó nota de esas reservas. Tras deliberar, la Comisión consideró que, en general, el párrafo 11, reproducido en el párrafo 385 del presente informe, era en su conjunto aceptable.

387. La Comisión estimó que el texto del párrafo 12, conforme fue revisado en aras de su coherencia con el texto del párrafo 11, era en general aceptable:

> "12. En el seno de la Comisión, el consenso puede ser reflejo de un acuerdo completo, en cuanto al contenido de la decisión, y de la consiguiente ausencia de toda reserva. Pero ese consenso puede estar igualmente basado en un parecer que prevalezca claramente en el seno del órgano, criterio de por sí flexible, que no presupone ningún método de cálculo predefinido y que se caracteriza por la existencia de una sólida mayoría de pareceres y la ausencia de toda objeción formal que dé lugar a votación. Cabe que una o más delegaciones pidan que se deje constancia de que la decisión se adoptó sin someterla a votación."

388. Pese a que se expresó cierto apoyo en pro de que se suprimiera la última frase del párrafo 12 o se trasladara su texto a la sección 3 dedicada a las votaciones, se decidió que se mantuviera ese texto en el párrafo 12.

389. La Comisión insistió en que la presidencia había de cumplir cierto cometido en el avance de las negociaciones y en la facilitación y determinación de la existencia de un consenso y de su naturaleza exacta. Tras deliberar, la Comisión estimó que sería generalmente aceptable que se reformulara ligeramente el encabezamiento del párrafo 14 en términos como los indicados a continuación, y se pidió a la Secretaría que presentara ese texto para que fuera examinado en un futuro período de sesiones (no se examinó el contenido de la nota 15 de pie de página que lo acompañaba):

> "14. La presidencia desempeña una función importante en orden a facilitar un consenso y en la determinación de su existencia y de su naturaleza exacta[15]. La presidencia deberá esforzarse por agilizar el curso de las negociaciones y por llegar a una solución que sea generalmente aceptable. En la práctica, cabe prever que cuando la presidencia anuncie que, a su entender, la Comisión desea adoptar una decisión por consenso, se dará una de las situaciones siguientes:

---

[15] Debe recordarse que la presidencia sigue estando, en el ejercicio de sus funciones, bajo la autoridad de la Comisión (artículo 107 del reglamento de la Asamblea General), que podrá invalidar sus decisiones por una mayoría de sus miembros presentes y votantes (artículo 125 del mismo reglamento). Se recomienda, por ello, que, por regla general, la presidencia se abstenga de anunciar sus decisiones hasta no haber recabado el parecer de los Estados miembros de la Comisión."

390. Se sugirió que se obligara a toda delegación objetante a formular otra posible solución. Esta propuesta no obtuvo apoyo.

391. La Comisión estimó que el texto siguiente del apartado a) del párrafo 14 era en general aceptable:

> "a) Si se recibe ese anuncio en silencio, con una expresión implícita o explícita de apoyo, la presidencia podrá declarar que la decisión se ha adoptado por consenso;"

392. La Comisión no tuvo tiempo para concluir sus deliberaciones sobre el apartado b) del párrafo 14. Se sugirió presentar el texto siguiente, sobre el que la Comisión no llegó a un consenso, para que sirviera de base para las deliberaciones ulteriores al respecto:

> "b) Si un Estado miembro de la Comisión se opone a que se deje constancia de que se ha adoptado una decisión por consenso, la presidencia dará la palabra a esa delegación para que exponga los motivos de su objeción. La presidencia tiene un deber general de buscar una salida consensual a todo punto muerto en las deliberaciones. Cabe que la presidencia estime oportuno explicar, en ese momento, a la delegación objetante que, de ser presentada una objeción formal por una delegación a que alguna decisión se adopte por consenso, esa objeción [no equivaldrá a un veto sino que será entendida como una demanda implícita de que la decisión se someta a votación] [puede dar lugar a que se someta esa decisión a votación]. La presidencia podrá entonces informarse acerca de la intención de esa delegación. De mantenerse la objeción, la presidencia podrá decidir que, en ese caso, se proceda a votación (véase sección 3 *infra*)."

393. Respecto de la primera frase, se expresó la opinión de que habría que otorgar también a los Estados no miembros el derecho a objetar que una decisión constara como adoptada por consenso. Se recordó que la principal diferencia entre los Estados miembros de la Comisión y los Estados no miembros consistía en el derecho de voto reconocido a los primeros. Se expresó, pues, la opinión de que, con excepción del derecho de voto, los Estados observadores deberían gozar de todos los derechos conferidos a los Estados miembros, conforme a la práctica seguida con los años desde que se creó la Comisión y conforme a los objetivos de la CNUDMI de lograr una aceptación universal de sus instrumentos y la máxima participación de Estados. Sin embargo, se opinó también que solo los Estados miembros de la Comisión deberían poder formular una objeción formal al consenso.

394. Respecto a la tercera frase del apartado b) se objetó el empleo, en su primera variante entre corchetes, del término "veto". Se pidió a la Secretaría que buscara alguna formulación distinta para indicar la imposibilidad en que se estaba de llegar a una decisión a resultas de que un Estado formulara una objeción formal a la misma. Se sugirió que una objeción formal y una demanda de que se procediera a votación eran dos acciones distintas, por lo que no debería considerarse la primera como una solicitud implícita de que se sometiera la decisión a votación. Ese era el motivo de que se presentara la segunda variante entre corchetes.

395. Se sugirió que ese texto reflejara claramente las diversas motivaciones que podían impulsar a la delegación objetante, entre las que cabía citar el deseo de que se dejara constancia de que esa decisión había sido adoptada sin someterla a votación o la intención de solicitar que se sometiera esa decisión a votación. Ahora bien, se observó que convenía que las directrices sirvieran de guía para que la presidencia buscara una salida en el supuesto de que, tras prolongadas

negociaciones, una delegación mantuviera su objeción, pero sin pedir que esa decisión se sometiera a votación, lo que le permitiría prolongar las negociaciones indefinidamente. Se observó que la frase final trataba de resolver esa dificultad práctica. La Comisión no consiguió resolver este punto por lo que se aplazó su examen hasta una etapa ulterior.

396. Se expresó la opinión de que, a raíz del examen de los párrafos 12 y 14 b) revisados *supra*, convendría revisar también el párrafo 13 del documento A/CN.9/676.

397. Los textos revisados de los apartados c) a e) del párrafo 14, y de los párrafos 37, 39, 41 y 43, preparados por la Secretaría pero no examinados por la Comisión por falta de tiempo, son los siguientes:

> "14. c) Si una delegación anuncia que no desea participar en una decisión pero que no impedirá que la presidencia la declare adoptada por consenso, la presidencia podrá declarar ese consenso, en cuyo caso se dará por entendido que ese Estado no estuvo presente al adoptarse la decisión[16];
>
> d) Se estimará que todas las delegaciones han participado en el consenso, salvo que hayan indicado expresamente lo contrario[17];
>
> e) Los Estados no miembros de la Comisión y las organizaciones observadoras podrán participar en el esfuerzo colectivo por llegar a un texto que sea aceptable para todos[18]. Ahora bien, ni los Estados no miembros ni las organizaciones internacionales observadoras podrán presentar una objeción formal a que se deje constancia de que una decisión fue adoptada por consenso.
>
> 37. La secretaría goza de discrecionalidad para determinar sus propios métodos de trabajo[40].
>
> 39. La secretaría podrá recurrir a la asistencia de expertos externos de distinta tradición o afiliación jurídica, tales como funcionarios públicos, académicos, letrados en ejercicio, magistrados, banqueros, árbitros o a todo experto en la materia objeto de estudio, así como a personal de diversas organizaciones internacionales, regionales o profesionales[42].
>
> 41. Cuando la secretaría decida convocar una reunión de expertos, se facilitará a los Estados, en la medida compatible con los artículos 100 y 101 de la Carta de las Naciones Unidas, información acerca de esa reunión (fechas y formato, temas que se examinarán y participantes invitados a la reunión). El anuncio de las conferencias y de los coloquios debe ser objeto de amplia divulgación, publicándose, en particular, los datos relativos a esos eventos en el sitio de la CNUDMI en Internet.
>
> 43. Como demuestra la práctica seguida hasta la fecha, el empleo de un único idioma de trabajo en las reuniones periciales convocadas por la secretaría de la CNUDMI no ha obstaculizado sino que ha facilitado el proceso de consultas en esas reuniones. Con todo, la secretaría de la CNUDMI está resuelta a esforzarse, siempre que los recursos se lo permitan, por prestar a esas reuniones servicios de traducción e interpretación en otros idiomas de trabajo de las Naciones Unidas. Cabe además o alternativamente, según sea el caso, que la Secretaría estime necesario, en algunos casos, prestar servicios de traducción

y/o interpretación a esas reuniones en algún otro idioma oficial de las Naciones Unidas (por ejemplo, cuando se solicite asesoramiento pericial en determinado país o región y los expertos provenientes de ese país o región no posean el dominio requerido del francés o del inglés, pero sí lo posean, en cambio, de otro idioma oficial de las Naciones Unidas). Al solicitar servicios de traducción y de interpretación para esas reuniones, la secretaría deberá tener presente que esos servicios solo podrán prestarse si "están disponibles", dado que toda reunión de rango intergubernamental, ya sea oficial u oficiosa, goza de prioridad de acceso a esos servicios.

---

[16] Basado en el dictamen jurídico consignado en el Anuario Jurídico de las Naciones Unidas, 1987 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.96.V.6), págs. 174 y 175, cuestión 5.

[17] *Ibid*.

[18] *Ibid*.

[40] Se recuerda que, conforme al artículo 100 de la Carta de las Naciones Unidas, el personal de la Secretaría, en el cumplimiento de sus deberes, no solicitará ni recibirá instrucciones de ningún gobierno o de ninguna otra autoridad ajena a la Organización. Cada uno de los Miembros de las Naciones Unidas se compromete a respetar el carácter exclusivamente internacional de las funciones del personal de la Secretaría, y a no tratar de influir sobre él en el desempeño de esas funciones. Se recuerda también que, con arreglo al artículo 101, párrafo 3), de la Carta de las Naciones Unidas, la consideración primordial que se tendrá en cuenta al nombrar el personal de la Secretaría es la necesidad de asegurar el más alto grado de eficiencia, competencia e integridad.

[42] Desde los primeros años de su existencia, la Comisión previó que su secretaría celebrara consultas, si así procedía, con todo órgano u organización interesada en alguna etapa de su labor. Se previó, en particular, que los estudios y la documentación preparatoria serían preparados por la secretaría con asistencia pericial, si se estimaba necesario y lo permitía el presupuesto. La Comisión convino en que la secretaría preparara sus planes y sus estimaciones presupuestarias para años subsiguientes, teniendo en cuenta la necesidad de obtener los servicios de consultores o de organizaciones con particular experiencia en los asuntos objeto de estudio en la Comisión, a fin de que la Comisión pudiera llevar a cabo su labor. Véase, por ejemplo, el documento A/8017, párrs. 219 a 221."

XVI. Coordinación y cooperación

A. Generalidades

398. La Comisión escuchó un informe verbal de la Secretaría que contenía un breve resumen de las actividades realizadas por las organizaciones internacionales con el fin de armonizar el derecho mercantil internacional. La Comisión recordó que en su 41º período de sesiones, celebrado en 2008, la Secretaría había propuesto que en el futuro no se publicara necesariamente antes del período anual de sesiones de la Comisión el calendario de presentación tanto de su informe general anual sobre las actividades en curso de las organizaciones internacionales para armonizar y unificar el derecho mercantil internacional, como de los informes especializados de la serie de documentos técnicos sobre temas particulares[80]. La Comisión observó que la Secretaría publicaría su informe anual sobre las actividades de otras organizaciones internacionales correspondiente a 2009 en el cuarto trimestre de 2009. También se observó que, dado el creciente interés por las cuestiones relacionadas con la

---

[80] *Ibid*., párr. 382.

insolvencia que se había observado a causa de la actual crisis económica mundial, la Secretaría publicaría un estudio más detallado de las actividades relacionadas con la insolvencia.

399. Se recordó que en su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión había convenido en adoptar una actitud más dinámica, por conducto de su secretaría, en el desempeño de su función de coordinación[81]. Recordando la resolución 63/120 de la Asamblea General, de 11 de diciembre de 2008 (véanse los párrafos 428 y 429 *infra*), en que la Asamblea respaldó los esfuerzos e iniciativas de la Comisión en pro de la coordinación de las actividades de las organizaciones internacionales en el ámbito del derecho mercantil internacional, la Comisión observó con satisfacción que la Secretaría estaba adoptando medidas para entablar un diálogo sobre las actividades, tanto legislativas como de asistencia técnica, con varias organizaciones, como el Banco Mundial, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), la Organización de los Estados Americanos (OEA), el Banco Mundial, la Organización Mundial de Aduanas (OMA), la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC). La Comisión observó que a menudo esa labor entrañaba la necesidad de viajar para asistir a las reuniones de esas organizaciones y de gastar fondos asignados para viajes oficiales. La Comisión reiteró la importancia que revestían las actividades de coordinación emprendidas por 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.

400. A modo de ejemplo de las actividades de coordinación en curso, la Comisión observó las actividades de coordinación enumeradas en los párrafos 32 a 35 del documento A/CN.9/675, y en particular las reuniones en las que habían participado la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el UNIDROIT.

B. Informes de otras organizaciones internacionales

401. La Comisión tomó nota de las declaraciones realizadas en nombre de las siguientes organizaciones internacionales y regionales.

Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo

402. Se informó a la Comisión de una declaración recibida por la Secretaría del Consejo General del Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD) en la que se confirmaba la voluntad del BERD de responder al llamamiento realizado por la Asamblea General en su resolución 63/120 de 11 de diciembre de 2008 (apartado d) del párrafo 7) (véanse los párrafos 428 y 429 *infra*) por lo que se refiere a la cooperación y coordinación de los bancos regionales de desarrollo con la Comisión en lo relativo a programas de asistencia técnica. El Consejo General del BERD puso de relieve la conferencia conjunta organizada por la CNUDMI, el BERD y el Banco Mundial sobre las "Operaciones garantizadas en el marco de la

[81] *Ibid.*, *quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 114.

insolvencia: la reforma requerida en esta encrucijada", celebrada en Washington los días 5 y 6 de mayo de 2008 (A/CN.9/675, apartado a) del párrafo 25) como ejemplo satisfactorio de esa colaboración y cooperación.

Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO)

403. La Comisión escuchó una declaración relativa al Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura[82], que establece un Sistema multilateral de acceso y distribución de beneficios que abarca los 64 cultivos más importantes para la seguridad alimentaria mundial y que se aplica mediante un contrato normalizado, a saber, el Acuerdo normalizado de transferencia de material, para la transferencia de recursos fitogenéticos y la distribución equitativa de los beneficios resultantes de esas transferencias.

404. Se observó que la secretaría de la CNUDMI había participado en consultas de expertos sobre diversos aspectos de la tecnología de la información que se estaban desarrollando para prestar asistencia en materia de transferencia de recursos genéticos y distribución equitativa de los beneficios resultantes de la utilización de esos recursos, y que también había aportado conocimientos especializados sobre la elaboración de mecanismos para la solución de controversias. Se informó a la Comisión de que el valor de su contribución a la aplicación del Tratado había sido reconocido por las 122 Partes Contratantes en el Tratado, cuyo órgano rector había celebrado recientemente su tercer período de sesiones en Túnez del 1 al 5 de junio de 2009. Agradecían especialmente la contribución de la CNUDMI los países en desarrollo que requerían asesoramiento sobre soluciones prácticas eficaces y económicas para aplicar el Sistema multilateral de acceso y distribución de beneficios.

405. En su tercer período de sesiones, el Órgano Rector y las Partes Contratantes, al aprobar los procedimientos para terceros beneficiarios, agradecieron a la CNUDMI su "excelente asesoramiento a la secretaría" (resolución 5/2009 del Órgano Rector del Tratado). Las Partes Contratantes también consolidaron la base para una colaboración ulterior solicitando a la secretaría del Tratado que "fomentara la cooperación con otras organizaciones y reforzara los acuerdos de cooperación existentes con miras a elaborar sinergias y reducir ineficiencias" (resolución 8/2009 del Órgano Rector del Tratado).

406. La Comisión observó que la continua colaboración con la CNUDMI contribuiría a la aplicación del Tratado y beneficiaría tanto a la FAO como a la CNUDMI.

Asamblea Interparlamentaria de la Comunidad Económica de Eurasia

407. La Comisión escuchó también una declaración relativa a la Asamblea Interparlamentaria de la Comunidad Económica de Eurasia relacionada en particular con su estructura y sus proyectos de interés para la labor de la CNUDMI. Se

---

[82] Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, *Informe de la Conferencia de la FAO, 31º período de sesiones, Roma, 2 a 13 de noviembre de 2001* (C 2001/REP), apéndice D.

observó que la Asamblea tenía funciones relacionadas con la formación de fronteras aduaneras externas comunes de sus Estados miembros de la Comunidad Económica de Eurasia (Belarús, Federación de Rusia, Kazajstán, Kirguistán, Tayikistán y Uzbekistán) y la elaboración de políticas económicas externas, aranceles y precios unificados y otros componentes de un mercado común en funcionamiento. También se observó que la Asamblea Interparlamentaria, órgano de cooperación parlamentaria de los Estados miembros de la Comunidad Económica de Eurasia, estaba examinando cuestiones relacionadas con la armonización de la legislación nacional para ajustarla a los acuerdos concluidos en el marco de la Asamblea, a fin de lograr los objetivos de la Comunidad.

408. Se explicó que la labor de la Asamblea Interparlamentaria comprendía proyectos para elaborar textos jurídicos normativos, como proyectos de legislación modelo y recomendaciones sobre la armonización de las leyes nacionales. Una de las actividades mencionadas consistía en crear un marco jurídico para el comercio electrónico, que se consideraba desde la perspectiva de la facilitación del comercio y la creación de un servicio de ventanilla única.

409. La Comisión escuchó que el modelo relativo a los "Principios básicos del comercio electrónico" se había preparado para que fuese utilizado como un marco para la legislación nacional sobre la base, entre otras cosas, de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[83], con miras a mejorar la legislación sobre comercio electrónico y apoyar así el desarrollo del comercio electrónico en los Estados miembros. Se indicó además que la Asamblea Interparlamentaria había aprovechado los conocimientos especializados y la experiencia de la secretaría de la CNUDMI, incluso recibiendo sugerencias sobre proyectos de recomendación que se presentarían a la reunión del Comité Permanente sobre Política Mercantil y Cooperación Internacional de la Asamblea en noviembre de 2009 en Minsk.

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)

410. La Comisión escuchó también una declaración en nombre del UNIDROIT, en la que se acogía con beneplácito la actual coordinación y cooperación con la CNUDMI y se reafirmaba el compromiso del Instituto de cooperar estrechamente con la CNUDMI con miras a garantizar la coherencia y evitar la superposición y duplicación de las actividades de ambas organizaciones a fin de asegurar la mejor utilización posible de los recursos facilitados por los respectivos Estados miembros. El UNIDROIT informó de lo siguiente:

a) En el 63º período de sesiones de la Asamblea General del UNIDROIT, celebrado en Roma el 11 de diciembre de 2008, se eligió a los miembros del Consejo de Administración del Instituto para los próximos cinco años. La Asamblea General también aprobó las recomendaciones formuladas por el Consejo de Administración con respecto al programa de trabajo para el trienio 2009-2011, asignando la más alta prioridad a la labor relativa a la finalización del proyecto de convención sobre valores depositados en poder de un intermediario, a la finalización de los capítulos adicionales de los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, y a la labor relativa al Protocolo sobre cuestiones

[83] Véase el párrafo 376 n) *supra*.

específicas de los bienes espaciales del Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil (Convenio de Ciudad del Cabo);

b) El primer período de sesiones de la conferencia diplomática para adoptar un convenio sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario se celebró en Ginebra del 1 al 12 de septiembre de 2008. El período de sesiones final, en el que se concluirá la labor sobre el proyecto de convenio, se celebrará del 5 al 9 de octubre de 2009 en Ginebra. Se había establecido un comité directivo para elaborar un comentario oficial sobre el convenio, y la versión inglesa del proyecto de comentario se había publicado en el sitio del UNIDROIT en Internet, donde pronto estará disponible también el texto en francés;

c) En 2008 se ultimó una ley modelo sobre arrendamiento financiero, que forma la base de las leyes sobre arrendamiento financiero ya elaboradas por Jordania, la República Unida de Tanzanía y el Yemen y las que están en vías de elaboración, por ejemplo, en Afganistán. La Secretaría del UNIDROIT está preparando un comentario oficial sobre la ley modelo en estrecha cooperación con un grupo de expertos, y esa labor debería quedar finalizada en el curso de 2009;

d) El grupo de trabajo encargado de la preparación de la tercera edición de los Principios del UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales celebró su tercer período de sesiones en Roma del 26 al 29 de mayo de 2008 y su cuarto período de sesiones nuevamente en Roma del 25 al 29 de mayo de 2009. El Grupo de Trabajo ha estado examinando cinco proyectos de capítulo, a saber: un proyecto de capítulo sobre la cancelación de los contratos fallidos, un proyecto de capítulo sobre ilegalidad, un proyecto de capítulo sobre la pluralidad de partes obligadas y/u obligantes, un proyecto de capítulo sobre obligaciones condicionales y un documento con proyectos de disposición relativo a la rescisión de contratos de larga duración por causas justas. El grupo de trabajo decidió interrumpir por el momento la labor sobre la revocación de contratos de larga duración por causas justas y concentrarse únicamente en los cuatro capítulos restantes con miras a presentarlos al Consejo de Administración para su aprobación en 2010;

e) Otro aspecto de la labor comprendida en el marco general del Convenio de Ciudad del Cabo guardaba relación con la preparación de un proyecto de protocolo sobre cuestiones específicas de los bienes espaciales del Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil. En 2007 se constituyó un comité directivo para elaborar el proyecto de protocolo y, en vista de los progresos de su labor, podría celebrarse en 2010 una conferencia para la aprobación del proyecto de protocolo. Se estableció una comisión preparatoria por resolución de la conferencia diplomática de Luxemburgo a fin de preparar el registro internacional de material rodante ferroviario en el marco del Protocolo de Luxemburgo sobre cuestiones específicas del material rodante ferroviario. Una reunión de la Comisión, acogida conjuntamente por el UNIDROIT y la Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Ferrocarril (OTIF), se celebró en Roma en abril de 2008; la Comisión se reunirá nuevamente los días 1 y 2 de octubre de 2009;

f) Entre las posibles actividades futuras del UNIDROIT se incluyen las relativas a: i) un protocolo del Convenio de Ciudad del Cabo relativo al equipo agrícola, de construcción y de minería; ii) un estudio sobre la responsabilidad civil

por servicios basados en satélites; iii) un proyecto de ley modelo sobre la protección de los bienes culturales; iv) una convención sobre los pagos compensatorios entre instrumentos financieros; y v) la posible labor en materia de derecho privado y el desarrollo, especialmente en relación con la seguridad alimentaria y la agricultura.

Organización Mundial de Aduanas

411. Se informó a la Comisión del continuo interés de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) en colaborar con la CNUDMI por conducto del Equipo Jurídico Conjunto (véase el párrafo 337 *supra*) con el fin de proporcionar una hoja de ruta para posibles usuarios de la ventanilla única con miras a la creación de un entorno jurídico habilitante. La OMA señaló su intención de seguir esforzándose por lograr una intensa participación de los miembros en el análisis de los contextos normativo, operacional y de procedimiento de los servicios de ventanilla única y en el suministro de orientación estratégica a posibles interesados en esa ventanilla única. Se esperaba que la participación de los miembros incluyera representación de las seis regiones mundiales de la OMA, que abarcaban a todos sus 174 miembros. La OMA expresó su convicción de que, en la etapa actual, el proceso podría gestionarse satisfactoriamente mediante reuniones personales en su sede de Bruselas, así como por conducto de otros medios descritos en el mandato original del Equipo Jurídico Conjunto, como el espacio compartido en Internet.

XVII. Función que desempeña la CNUDMI en el fomento del estado de derecho a nivel nacional e internacional

412. La Comisión recordó que en la segunda parte de su 40º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de diciembre de 2007), había decidido incluir el tema titulado "Función que desempeña la CNUDMI en el fomento del estado de derecho a nivel nacional e internacional" en el programa de su 41º período de sesiones y había invitado a todos sus Estados miembros, así como a los observadores, a intercambiar opiniones al respecto en ese período de sesiones. Recordó también que esa decisión se había adoptado sobre la base de la resolución 62/70 de la Asamblea General, relativa al estado de derecho en los planos nacional e internacional, en cuyo párrafo 3 la Asamblea General invitaba a la Comisión a que en el informe que le presentara formulara observaciones sobre sus funciones actuales en la promoción del estado de derecho[84]. La Comisión recordó además que había transmitido sus observaciones, tal como se había solicitado, en su informe anual para la Asamblea General sobre la labor de su 41º período de sesiones, celebrado en 2008[85].

413. En su período de sesiones en curso, la Comisión tomó nota de la resolución 63/128 de la Asamblea General, relativa al estado de derecho en los planos nacional e internacional. Observó, en particular, que en el párrafo 4 de esa resolución la Asamblea General exhortaba al sistema de las Naciones Unidas a que abordara sistemáticamente en sus actividades los aspectos relacionados con el estado de derecho y en el párrafo 6 alentaba al Secretario General y al sistema de las Naciones

[84] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part II)), párrs. 111 a 113.

[85] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 386.

Unidas a que otorgaran alta prioridad a las actividades encaminadas a promover el estado de derecho. Observó también que, en el párrafo 7 de su resolución, la Asamblea General había invitado a la Comisión a que siguiera formulando observaciones, en sus informes para la Asamblea General, sobre sus funciones actuales en la promoción del estado de derecho.

414. La Comisión observó que en el párrafo 10 de su resolución 63/128 la Asamblea General había decidido que, en su sexagésimo cuarto período de sesiones, los debates de la Sexta Comisión en relación con el tema del programa relativo al estado de derecho se centraran en el subtema titulado "Promoción del estado de derecho en el plano internacional", sin perjuicio del examen del tema en su conjunto. Por consiguiente, la Comisión decidió que en su período de sesiones en curso las observaciones dirigidas a la Asamblea General se centraran en su función actual de fomento del estado de derecho a nivel internacional.

415. La Comisión recordó el mandato que le había encomendado la Asamblea General en su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, por la que se estableció la CNUDMI como único órgano de las Naciones Unidas especializado en el ámbito del derecho mercantil internacional. Se subrayó que, en virtud de ese mandato, la Comisión contribuía al desarrollo progresivo y a la armonización del derecho mercantil internacional formulando reglas y normas internacionales modernas encaminadas a apoyar el comercio internacional y garantizando que estas pudieran ser aceptadas por Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos, así como por otros agentes internacionales, como los donantes multilaterales que las aplicaran. La Comisión también promovía el conocimiento y la comprensión en general de esas normas impartiendo enseñanza y prestando asistencia técnica, así como mediante los documentos de la serie CLOUT, su sitio en Internet, diversas publicaciones y la difusión de información sobre derecho mercantil internacional por otros medios.

416. Por otra parte, se observó que la Comisión siempre asignaba gran importancia a otro aspecto de su mandato, a saber, la cooperación y la coordinación con las organizaciones internacionales, inclusive las organizaciones no gubernamentales, que se encargaban de formular, interpretar o aplicar normas de derecho mercantil internacional. La cooperación y la coordinación se consideraban medios para evitar normas o interpretaciones conflictivas y confusión con respecto a las fuentes de derecho, a efectos de lograr orden, claridad, eficiencia y homogeneidad en la reglamentación internacional del comercio. A este respecto, la Comisión recordó sus reiterados llamamientos, refrendados por la Asamblea General más recientemente en su resolución 63/120 (véase el párrafo 428 *infra*), a las organizaciones internacionales y regionales competentes para que coordinaran sus actividades normativas y de asistencia técnica con las de la Comisión. Observando que esa coordinación y esa cooperación distaban de haberse logrado, la Comisión acogió con agrado el próximo examen de los medios y arbitrios para fortalecer y mejorar la coordinación y la cohesión de las actividades de fomento del estado de derecho, que se llevaría a cabo en el sexagésimo quinto período de sesiones de la Asamblea General, en 2010 (véase el párrafo 420 *infra*).

417. La Comisión también promovía medios pacíficos e independientes de solución de controversias en el contexto del comercio y las inversiones, incluso entre Estados, el respeto de los compromisos vinculantes, la confianza en el estado de derecho y el trato justo, fortaleciendo mecanismos extrajudiciales como el arbitraje

y la conciliación. A este respecto, la Comisión recordó su proyecto en curso relativo a la revisión de su Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (véanse los párrafos 286 a 298 *supra*), instrumento utilizado ampliamente en diversas circunstancias, incluso para resolver controversias entre Estados y organizaciones internacionales, así como proyectos en curso y nuevos proyectos relativos a la Convención de Nueva York encaminados a obtener el reconocimiento y ejecución con carácter universal de los laudos arbitrales extranjeros (véanse los párrafos 358 a 361 *supra*). La Comisión también recordó sus planes respecto de su labor futura en materia de solución de controversias en materia de inversiones que guardaran relación con cuestiones de derecho internacional, como la responsabilidad de los Estados, la transparencia y los derechos humanos.

418. Además, la Comisión actuaba en un ámbito delicado en el que confluían el estado de derecho internacional y el estado de derecho nacional, ayudando a los Estados a aplicar las reglas y normas internacionales a nivel interno y a interpretarlas de manera uniforme. Observando que las leyes y prácticas de los Estados Miembros relativas a la aplicación de las normas de derecho internacional serían examinadas por separado por la Asamblea General en su sexagésimo quinto período de sesiones (véase el párrafo 420 *infra*), en esos momentos la Comisión se limitaba a reiterar su preocupación en el sentido de que la ejecución de su programa de asistencia técnica para la reforma del derecho interno se veía socavada por la insuficiencia de recursos. A este respecto, recordó la solicitud formulada en sus períodos de sesiones anteriores, que había sido refrendada por la Asamblea General y reiterada en el período de sesiones en curso (véanse los párrafos 364 a 366 *supra* y el párrafo 428 *infra*), de que se asignaran más recursos a efectos de hacer frente al aumento de solicitudes de asistencia técnica para la aplicación de las normas de derecho mercantil internacional por parte de los países en desarrollo y los países con economías en transición.

419. La Comisión consideraba que el hecho de que las normas de derecho mercantil internacional se conocieran, comprendieran y utilizaran más era tan importante para el comercio contemporáneo y el desarrollo económico sostenido como para la buena gestión gubernamental, la justicia y la habilitación en materia jurídica. Por consiguiente, la Comisión reiteró su convicción de que el fomento del principio de legalidad en las relaciones comerciales debía formar parte integrante del programa más amplio de las Naciones Unidas para promover el estado de derecho en los planos nacional e internacional, en particular por conducto del Grupo de Coordinación y Apoyo sobre el Estado de Derecho, que recibía asistencia de la dependencia sobre el estado de derecho de la Oficina Ejecutiva del Secretario General. La Comisión aguardaba con interés poder participar en las actividades fortalecidas y coordinadas de las Naciones Unidas de promoción del estado de derecho.

420. La Comisión señaló a sus Estados miembros y a los observadores los siguientes subtemas del tema del programa titulados “El estado de derecho en los planos nacional e internacional” que examinaría la Asamblea General en sus períodos de sesiones sexagésimo quinto y sexagésimo sexto, en 2010 y 2011: “Legislación y prácticas de los Estados Miembros en relación con la aplicación del derecho internacional” y “El estado de derecho y la justicia de transición en

situaciones de conflicto o posteriores a un conflicto”[86]. Observando la pertinencia que revestían sus actividades en lo referente a esos subtemas, la Comisión invitó a sus Estados miembros y a los observadores a que formularan observaciones por escrito o verbalmente sobre la función de la CNUDMI en el contexto pertinente para plasmarlas en sus correspondientes informes para la Asamblea General.

XVIII. Concursos de arbitraje comercial internacional simulado

A. Observaciones generales

421. La Comisión recordó que, a raíz de las propuestas que se hicieron en el Congreso de la CNUDMI en 1992[87] y de las subsiguientes deliberaciones que la Comisión mantuvo en su 26º período de sesiones en 1993[88], el Instituto de Derecho Mercantil Internacional de Pace University (Nueva York) organizó en Viena (Austria) el primer Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis. Este concurso de arbitraje simulado fue concebido como iniciativa docente destinada a dar a conocer y difundir el conocimiento de los textos jurídicos de la CNUDMI[89], en particular de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa[90] y los textos normativos publicados por la CNUDMI en el campo del arbitraje comercial internacional.

422. En su actual período de sesiones, la Comisión tomó nota con agrado de que el Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis había resultado ser una venturosa iniciativa docente internacional que, con su participación internacional había contribuido a difundir el conocimiento de los instrumentos jurídicos de la CNUDMI y había dado lugar a la introducción de cursos universitarios dedicados al arbitraje comercial internacional. Se informó a la Comisión que se estaban organizando en Hong Kong (véase el párrafo 425 *infra*), España (véase el párrafo 426 *infra*) y Argentina concursos de arbitraje simulado inspirados en el Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis.

423. La Comisión expresó su gratitud a los organizadores y demás patrocinadores del Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis, así

---

[86] La Sexta Comisión llegó al entendimiento de que en las observaciones relativas al primer subtema se abordaran, entre otras cosas, la legislación y las prácticas en relación con la aplicación e interpretación del derecho internacional a nivel nacional, el reforzamiento y la mejora de la coordinación y coherencia de la asistencia técnica y la formación de capacidad en ese ámbito, los mecanismos y criterios para evaluar la eficacia de esa asistencia, las maneras de promover la cohesión entre los donantes y las perspectivas de los Estados receptores. En las observaciones relativas al segundo subtema deberían abordarse, entre otras cosas, la función y el futuro de los mecanismos nacionales e internacionales de justicia de transición y rendición de cuentas y los sistemas informales de justicia (A/63/443, párr. 7).

[87] “Derecho mercantil uniforme para el siglo XXI”, *Actas del Congreso de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Nueva York, 18 a 22 de mayo de 1992* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.94.V.14).

[88] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/48/17), párr. 312.

[89] *Ibid.*

[90] Véase la nota de pie de página 47 *supra*.

como, en particular, a la Asociación promotora y organizadora del Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Willen C. Vis, y a sus miembros institucionales (la Facultad de Derecho de Pace University (Estados Unidos), la Universidad Queen Mary (Reino Unido), la Universidad de Estocolmo (Suecia), la Universidad de Viena y la Asociación Austríaca de Arbitraje de la Cámara Federal de Comercio de Austria) por sus esfuerzos en pro del éxito de esta iniciativa docente, y confiaba en que el concurso simulado siguiera teniendo el éxito docente internacional que había tenido hasta ahora. Se expresó particular reconocimiento al anterior Secretario de la Comisión, Eric E. Bergsten, por su labor promotora y rectora al servicio de este concurso simulado, desde sus comienzos en el curso 1993-1994. Se expresó también particular reconocimiento a Rafael Illescas Ortiz y a Pilar Perales Viscasillas por su iniciativa de establecer el concurso de arbitraje comercial simulado de Madrid.

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

424. La Asociación promotora y organizadora del Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis había organizado el 16º Concurso de Arbitraje Simulado en Viena del 2 al 9 de abril de 2009. Al igual que en años anteriores, el Concurso de Arbitraje Simulado había sido copatrocinado por la Comisión. Se observó que los equipos de estudiantes que participaron en el 16º Concurso Simulado habían abordado cuestiones jurídicas sobre la base de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa[91], el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo[92] y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje[93]. En el 16º Concurso Simulado participaron 228 equipos procedentes de facultades de derecho sitas en 57 países. El equipo que más destacó por sus argumentos verbales fue el de la Victoria University de Wellington. El 17º Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis se celebrará en Viena del 26 de marzo al 1 de abril de 2010.

425. Se observó también que la Subdivisión de Asia Oriental del *Chartered Institute of Arbitrators* había organizado, con el patrocinio también de la Comisión, el Sexto Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado (en Oriente), que se celebró en Hong Kong (China), del 23 al 29 de marzo de 2009. Participaron en el Sexto Concurso de Arbitraje Simulado (en Oriente) 64 equipos procedentes de 17 países. El equipo ganador en la argumentación oral del caso fue el de la Loyola Law School de Los Ángeles (Estados Unidos). El Séptimo Concurso Simulado se celebrará en Hong Kong (China) del 15 al 21 de marzo de 2010.

C. Concurso de Arbitraje Comercial Simulado de Madrid

426. Se observó que la Universidad Carlos III de Madrid, Universia y PromoMadrid habían organizado el primer concurso de arbitraje comercial internacional simulado en Madrid del 22 al 26 de junio de 2009, copatrocinado también por la Comisión.

---

[91] *Ibid.*

[92] Disponible, en la fecha del presente informe, en http://www.sccinstitute.com/?id=23719.

[93] Véase la nota de pie de página 31 *supra*.

Las cuestiones jurídicas debatidas guardaron relación con la Ley Modelo de Arbitraje[94], la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional[95], el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976[96], así como con la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa[97] y la Convención de Nueva York[98]. En el Concurso Simulado de Madrid, celebrado en español, participaron nueve equipos de facultades de derecho o programas de licenciatura de cinco países. El mejor equipo en la argumentación verbal del caso fue el de la Universidad de Versalles Saint-Quentin-en-Yvelines (Francia). El segundo concurso simulado de Madrid se celebrará en Madrid del 28 de junio al 2 de julio de 2010.

XIX. Resoluciones pertinentes de la Asamblea General

427. La Comisión tomó nota con agrado de las resoluciones relativas a la labor de la Comisión, que fueron adoptadas por la Asamblea en su sexagésimo tercer período de sesiones, conforme a la recomendación recibida de la Sexta Comisión: resolución 63/120 de la Asamblea sobre los informes de la CNUDMI sobre la labor realizada en la continuación de su 40º período de sesiones y en su 41º período de sesiones; y resolución 63/121 de la Asamblea, de 11 de diciembre de 2008, acerca de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas.

428. La Comisión tomó nota de que en su resolución 63/120, la Asamblea General encomió a la Comisión por haber finalizado la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas y el proyecto de convenio sobre el contrato de transporte de mercancías total o parcialmente marítimo, y acogió con satisfacción la publicación de compendios de jurisprudencia y los continuos esfuerzos de la Comisión por mantener y mejorar su sitio en Internet. Acogió también con agrado el examen exhaustivo emprendido por la Comisión sobre sus métodos de trabajo y el estudio de su función al servicio del estado de derecho en el ámbito tanto nacional como internacional. La Asamblea General dio su refrendo a los esfuerzos y las iniciativas de la Comisión por ampliar su programa de asistencia y cooperación técnicas. La Asamblea General hizo un llamamiento a otras organizaciones pertinentes para que coordinaran sus actividades jurídicas con las de la Comisión y pidió que se hicieran contribuciones a los fondos fiduciarios de la CNUDMI.

429. La Comisión tomó nota de que conforme a su resolución 63/121, la Asamblea General había pedido al Secretario General que diera una amplia difusión al texto de la Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas, haciéndolo llegar a las autoridades nacionales y a otras entidades interesadas, como las instituciones financieras internacionales y nacionales y las cámaras de comercio. La Asamblea recomendó también que todos los Estados tomen favorablemente en consideración la Guía Legislativa al revisar o aprobar normas legales aplicables a las operaciones garantizadas e invitó a aquellos Estados que se hubieran valido de la Guía

---

[94] *Ibid.*
[95] Véase la nota de pie de página 84 *supra*.
[96] Véase la nota de pie de página 22 *supra*.
[97] Véase la nota de pie de página 47 *supra*.
[98] Véase la nota de pie de página 60 *supra*.

Legislativa, para la promulgación de normas internas, a que informaran al respecto a la Comisión.

430. La Comisión observó además que, al examinar el tema 9 de su programa, había tomado nota de la resolución 63/122, de 11 de diciembre de 2008, relativa al Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (véase el párrafo 322 *supra*).

XX. Otros asuntos

A. Programa de pasantías

431. Se presentó verbalmente un informe sobre el programa de pasantías en la secretaría de la CNUDMI. Si bien se expresó en general agrado por la labor de este programa, destinado a dar a los jóvenes abogados la oportunidad de familiarizarse con la labor de la CNUDMI y de mejorar su conocimiento de ciertas materias del derecho mercantil internacional, se señaló que solo un pequeño porcentaje de los pasantes procedía de países en desarrollo. Se sugirió que se estudiara la posibilidad de proporcionar medios financieros que propiciaran una mayor participación de abogados de países en desarrollo. La Comisión aprobó esa sugerencia.

B. La microfinanciación en el contexto del desarrollo económico internacional

432. Se sugirió ante la Comisión de que resultaría oportuno que la CNUDMI estudiara la práctica de la microfinanciación en el contexto del desarrollo económico internacional, en estrecha coordinación con las principales organizaciones que trabajaban ya en este tema. La finalidad de ese estudio sería determinar si convendría adoptar un marco legal y reglamentario que ampare y fomente el desarrollo del sector de la microfinanciación a fin de que este sector pueda proseguir su desarrollo, conforme a su finalidad, que era la de prestar servicios financieros abiertos que resultaran accesibles a la pequeña empresa a fin de facilitar su desarrollo.

433. Tras deliberar al respecto, la Comisión pidió a la Secretaría que, de disponerse de recursos, preparara un estudio detallado en el que se hiciera una evaluación de las cuestiones legales y reglamentarias suscitadas por la práctica de la microfinanciación, estudio que debería presentarse acompañado de propuestas acerca de la forma y la naturaleza de un eventual documento de consulta en el que se examinaran los diversos elementos requeridos para establecer un marco legal favorable para el desarrollo de la práctica de la microfinanciación, y que sirviera de base para que la Comisión estudiara en el futuro la conveniencia de preparar ese documento con miras a prestar asistencia al legislador y a otros órganos rectores competentes en diversas partes del mundo. Se dijo que los países en desarrollo y los países con economías en transición ya estaban estudiando la procedencia de regular la microfinanciación y la manera de hacerlo; por ello, la elaboración de un marco legislativo de base consensual, que fuera aplicable al sector de la microfinanciación, resultaría un instrumento muy valioso para todo país que se encontrara en esa etapa de desarrollo de su sector de la microfinanciación. La Comisión pidió a la Secretaría

que estudiara, juntamente con expertos y con la colaboración eventual de otras organizaciones interesadas, los preparativos requeridos para llevar a buen término dicho estudio.

C. Evaluación del papel de la Secretaría en orden a facilitar la labor de la Comisión

434. Se recordó que, conforme ya se indicó a la Comisión en su 40º período de sesiones[99], en el presupuesto por programas para el bienio 2008-2009 se mencionaba, entre los "logros previstos de la Secretaría", la contribución de la misma a la tarea de facilitar la labor de la CNUDMI. El baremo para evaluar esa contribución había de ser el grado de satisfacción de la CNUDMI con los servicios prestados, que se reflejaría en la puntuación obtenida conforme a una escala que iba de uno a cinco (siendo cinco la puntuación más alta)[100]. La Comisión convino en informar a la Secretaría al respecto. Se recordó que al clausurarse el 41º período de sesiones de la Comisión, en 2008[101], se hizo una pregunta similar acerca de los servicios prestados por la Secretaría, a la que respondieron siete delegaciones, que les dieron una puntuación media de 4,5.

XXI. Lugar y fecha de futuras reuniones

A. 43º período de sesiones de la Comisión

435. La Comisión aprobó las fechas para la celebración de su 43º período de sesiones, que tendrá lugar en Nueva York del 21 de junio al 9 de julio de 2010.

B. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo

436. 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 podría asignarse a otro grupo de trabajo, siempre que con ello no se sobrepasara el límite total de doce 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 doce semanas, la Comisión debería examinar la propuesta y

---

[99] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part I)), párr. 243.

[100] Presupuesto por programas presentado para el bienio 2008-2009, parte III, Justicia y derecho internacionales, sección 8, Asuntos jurídicos (Programa 6 del plan bienal por programas y las prioridades para el período 2008-2009), subprograma 5, Armonización, modernización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional (A/62/6 (secc. 8), cuadro 8.19 d)).

[101] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 392.

el grupo de trabajo interesado habría de aducir las razones por las que fuera necesario modificar la estructura de las reuniones[102].

1. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo hasta el 43º período de sesiones de la Comisión

437. La Comisión aprobó, para los períodos de sesiones de sus grupos de trabajo, el siguiente calendario:

a) El Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) celebraría su 17º período de sesiones en Viena del 7 al 11 de diciembre de 2009, y su 18º período de sesiones en Nueva York del 12 al 16 de abril de 2010;

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) celebraría su 51º período de sesiones en Viena del 14 al 18 de septiembre de 2009, y su 52º período de sesiones en Nueva York del 1 al 5 de febrero de 2010;

c) El Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) sería autorizado a celebrar su 45º período de sesiones en Nueva York del 17 al 21 de mayo de 2010, siempre que ello estuviera justificado por los progresos realizados en la cooperación mantenida con la OMA (véase el párrafo 340 *supra*);

d) El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) celebraría su 37º período de sesiones en Viena del 9 al 13 de noviembre de 2009, y su 38º período de sesiones en Nueva York del 19 al 23 de abril de 2010;

e) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebraría su 16º período de sesiones en Viena del 2 al 6 de noviembre de 2009, y su 17º período de sesiones en Nueva York del 8 al 12 de febrero de 2010.

Tiempo suplementario

438. Se han adoptado disposiciones provisionales para la organización de un período de sesiones de una semana de duración en Viena, del 27 al 30 de octubre de 2009 (de cuatro días de duración, ya que el 26 de octubre es un día feriado oficial) y de un período de sesiones de una semana de duración en Nueva York, del 24 al 28 de mayo de 2010. Este período se podría destinar a cubrir la necesidad que pudiera tener un grupo de trabajo de celebrar un período de sesiones, en función de las necesidades de los grupos de trabajo y previa consulta con los Estados.

2. Períodos de sesiones de los grupos de trabajo en 2010 después del 43º período de sesiones de la Comisión

439. La Comisión tomó nota de las disposiciones provisionales que se habían adoptado para las reuniones de los grupos de trabajo que se celebraran en 2010 después de su 43º período de sesiones (estas disposiciones debían ser aprobadas por la Comisión en su 43º período de sesiones). El calendario propuesto era el siguiente:

a) El Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) celebraría su 19º período de sesiones en Viena del 11 al 15 de octubre de 2010;

---

[102] *Ibid.*, *quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/58/17), párr. 275.

b) El Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) celebraría su 53º período de sesiones en Viena del 4 al 8 de octubre de 2010;

c) El Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) celebraría su 22º período de sesiones en Viena del 13 al 17 de diciembre de 2010;

d) El Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) celebraría su 46º período de sesiones en Viena del 6 al 10 de diciembre de 2010;

e) El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) celebraría su 39º período de sesiones en Viena del 1 al 5 de noviembre de 2010;

f) El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) celebraría su 18º período de sesiones en Viena del 8 al 12 de noviembre de 2010.

Anexo

Lista de documentos presentados a la Comisión en su 42º período de sesiones

Signatura	*Título o descripción*
A/CN.9/663	Programa provisional con anotaciones y calendario de reuniones del 42º período de sesiones
A/CN.9/664	Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor realizada en su 14º período de sesiones (Viena, 8 a 12 de septiembre de 2008)
A/CN.9/665	Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor realizada en su 49º período de sesiones (Viena, 15 a 19 de septiembre de 2008)
A/CN.9/666	Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008)
A/CN.9/667	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su 14º período de sesiones (Viena, 20 a 24 de octubre de 2008)
A/CN.9/668	Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor realizada en su 15º período de sesiones (Nueva York, 2 a 6 de febrero de 2009)
A/CN.9/669	Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones (Nueva York, 9 a 13 de febrero de 2009)
A/CN.9/670	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su 15º período de sesiones (Nueva York, 27 de abril a 1 de mayo de 2009)
A/CN.9/671	Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones (Nueva York, 18 a 22 de mayo de 2009)
A/CN.9/672	Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor realizada en su 16º período de sesiones (Nueva York, 26 a 29 de mayo de 2009)
A/CN.9/673	Bibliografía de obras recientemente publicadas en relación con la labor de la CNUDMI
A/CN.9/674	Situación de las convenciones y leyes modelo
A/CN.9/675 y Add.1	Cooperación y asistencia técnicas
A/CN.9/676	Reglamento y métodos de trabajo de la CNUDMI
A/CN.9/676/Add.1 a Add.9	Reglamento y métodos de trabajo de la CNUDMI: observaciones recibidas de Estados Miembros y de organizaciones internacionales interesadas
A/CN.9/677	Solución de controversias comerciales: Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: autoridad designadora y autoridad nominadora a tenor del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI
A/CN.9/678	Posible labor futura en materia de comercio electrónico
A/CN.9/679	Posible labor futura en materia de derecho del transporte: comentario o notas explicativas sobre el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (“Reglas de Rotterdam”)

Signatura	*Título o descripción*
A/CN.9/680	Reglamento y métodos de trabajo de la CNUDMI: propuesta de Francia
A/CN.9/681	Posible labor futura en materia de comercio electrónico: recomendaciones sobre la labor futura del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) presentadas por los Estados Unidos de América
A/CN.9/681/Add.1	Posible labor futura en materia de comercio electrónico: propuesta de los Estados Unidos de América sobre los documentos electrónicos transferibles
A/CN.9/681/Add.2	Posible labor futura en materia de comercio electrónico: propuesta de los Estados Unidos de América sobre la solución de controversias por vía informática
A/CN.9/682	Propuesta de España para la labor futura del Grupo de Trabajo IV

B. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD): pasajes del informe de la Junta de Comercio y Desarrollo sobre su 56º período de sesiones

(TD/B/56/11)

Desarrollo progresivo del derecho mercantil internacional: 42º informe anual de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

En su 1039ª sesión plenaria, celebrada el 25 de septiembre de 2009, la Junta tomó nota del informe de la CNUDMI sobre su 42º período de sesiones (A/64/17).

C. Asamblea General: Informe de la Sexta Comisión relativo al informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones (A/64/447)

[Original: inglés]

Relator: Sr. Jean-Cédric Janssens de Bisthoven (Bélgica)

I. Introducción

1. En su segunda sesión plenaria, celebrada el 18 de septiembre de 2009, la Asamblea General, por recomendación de la Mesa, decidió incluir en el programa de su sexagésimo cuarto 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 42° período de sesiones" y asignarlo a la Sexta Comisión.

2. La Sexta Comisión examinó el tema en sus sesiones sexta, 22ª y 25ª, celebradas los días 12 de octubre y 2 y 12 de noviembre de 2009. Las declaraciones formuladas en el curso del examen del tema constan en las actas resumidas correspondientes (A/C.6/64/SR.6, 22 y 25).

3. Para su examen del tema, la Comisión tuvo a la vista el informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones[1].

4. En la sexta sesión, celebrada el 12 de octubre, el Presidente de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 42° período de sesiones presentó el informe de la Comisión sobre la labor realizada en ese período de sesiones.

II. Examen de propuestas

A. Proyecto de resolución A/C.6/64/L.10

5. En la 22ª sesión, celebrada el 2 de noviembre, el representante de Austria presentó, en nombre de Albania, Alemania, Argelia, la Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bangladesh, Belarús, el Brasil, Bulgaria, el Camerún, el Canadá, Chile, China, Chipre, el Congo, Croacia, Dinamarca, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, la ex República Yugoslava de Macedonia, la Federación de Rusia, Fiji, Filipinas, Finlandia, el Gabón, Ghana, Grecia, Guatemala, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, el Japón, Jordania, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malta, Marruecos, México, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, los Países Bajos, el Paraguay, Polonia, Portugal, el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, la República Checa, la República de Corea, la República Democrática del Congo,

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/64/17).

la República Dominicana, Rumania, Serbia, Singapur, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Tailandia, Trinidad y Tabago, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de), a los que después se unieron el Afganistán, Benin, la India, el Irán (República Islámica del), Jamaica, Letonia, Malasia y la República de Moldova, un proyecto de resolución titulado "Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones" (A/C.6/64/L.10).

6. En la 25ª sesión, celebrada el 12 de noviembre, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/64/L.10 sin proceder a votación (véase el párrafo 9, proyecto de resolución I).

B. Proyecto de resolución A/C.6/64/L.11

7. En la 22ª sesión, celebrada el 2 de noviembre, el representante de Austria presentó, en nombre de la Mesa, un proyecto de resolución titulado "Guía de prácticas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza" (A/C.6/64/L.11).

8. En la 25ª sesión, celebrada el 12 de noviembre, la Comisión aprobó el proyecto de resolución A/C.6/64/L.11 sin proceder a votación (véase el párrafo 9, proyecto de resolución II).

III. Recomendaciones de la Sexta Comisión

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

Proyecto de resolución I
Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, en 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, interés común y respeto del estado de derecho, y a la eliminación

de la discriminación en el comercio internacional y, por consiguiente, a la paz, la estabilidad y el bienestar de todos los pueblos,

Habiendo examinado el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones[2],

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. *Toma nota con aprecio* del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones[1];

2. *Encomia* a la Comisión por haber finalizado y aprobado su Guía de prácticas sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza[3];

3. *Acoge con beneplácito* los progresos realizados por la Comisión en la revisión de su Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[4] al examinar el capítulo I del proyecto de ley modelo revisada[5], y la alienta a que finalice cuanto antes su labor sobre la ley modelo revisada;

4. *Acoge con beneplácito también* los progresos realizados por la Comisión en la revisión de su Reglamento de Arbitraje[6], la preparación de un proyecto de guía legislativa sobre el tratamiento de los grupos empresariales insolventes y la elaboración de un suplemento de su Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas[7] dedicado a las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual, y respalda la decisión de la Comisión de llevar a cabo nuevos trabajos en la esfera del arbitraje, el comercio electrónico, el derecho del transporte y el fraude comercial, y de examinar en su 43º período de sesiones propuestas

---

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/64/17).

[3] *Ibid.*, párr. 24.

[4] *Ibid.*, *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I.

[5] *Ibid.*, *sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/64/17), párr. 283.

[6] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.V.6.

[7] Aprobado por la Comisión en la continuación de su 40° período de sesiones. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17), segunda parte, párr. 100.

acerca de la labor futura en los ámbitos de la insolvencia y las garantías reales, como se indica en el informe;

5. *Acoge con beneplácito además* la decisión de la Comisión de solicitar a la Secretaría que organice, siempre que los recursos lo permitan, un coloquio internacional sobre el comercio electrónico y otro sobre las garantías reales[8];

6. *Hace notar con aprecio* la decisión de la Comisión con respecto a la publicación de su Guía sobre las Operaciones Garantizadas, de un comentario acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional[9] y de un texto en el que se examina la relación existente entre diversos textos sobre garantías reales preparados por la Comisión, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado[10];

7. *Hace notar con aprecio también* la decisión de la Comisión de recomendar que se utilice la versión revisada en 2007 de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, publicada por la Cámara de Comercio Internacional, cuando proceda, en las operaciones en que se establezca un crédito documentario[11];

8. *Acoge con beneplácito* los progresos realizados en el proyecto de seguimiento de la aplicación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958[12], que está llevando a cabo la Comisión, y la preparación de un proyecto de guía para la incorporación de la Convención en el derecho interno a fin de promover su interpretación y aplicación uniformes[13];

9. *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;

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

---

[8] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/64/17), párrs. 319 y 343.

[9] Resolución 56/81, anexo.

[10] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/64/17), párrs. 315 y 321.

[11] *Ibid*., párr. 357.

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

[13] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/64/17), párr. 360.

a) Acoge con satisfacción las iniciativas tomadas por la Comisión para ampliar, por conducto de su secretaría, su programa de asistencia y cooperación técnicas y, a ese respecto, alienta al Secretario General a que establezca asociaciones de colaboración con entidades estatales y no estatales para promover la sensibilización acerca de la labor de la Comisión y facilitar la aplicación efectiva de las normas jurídicas que resulten de dicha labor;

b) Expresa su reconocimiento a la Comisión por llevar a cabo actividades de asistencia y cooperación técnicas a nivel nacional, subregional y regional, y por la asistencia prestada para redactar legislación en la esfera del derecho mercantil internacional, y señala a la atención del Secretario General lo limitado de los recursos disponibles en esta esfera;

c) Expresa su reconocimiento a los gobiernos cuyas contribuciones permitieron organizar las actividades de asistencia y cooperación técnicas y hace un llamamiento 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 apoyo de cualquier otra manera 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 las de esta, habida cuenta de la relevancia e importancia que tienen la labor y los programas de la Comisión para la promoción del estado de derecho a nivel nacional e internacional y para la aplicación del programa de desarrollo de las Naciones Unidas, en particular para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio;

e) Hace notar la solicitud de la Comisión de que la Secretaría se plantee la posibilidad de estar presente en regiones o en determinados países, por ejemplo, enviando funcionarios a las oficinas de las Naciones Unidas sobre el terreno, colaborando con las oficinas sobre el terreno ya existentes o estableciendo oficinas de la Comisión en los países con miras a facilitar la prestación de asistencia técnica con respecto a la utilización y adopción de textos de la Comisión[14];

11. *Expresa su reconocimiento* al Gobierno cuya contribución al fondo fiduciario establecido para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de la Comisión, previa solicitud de estos y en consulta con el Secretario General[15], ha permitido volver a prestar dicha asistencia, y hace un llamamiento 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 a fin de que haya más expertos en

---

[14] *Ibid.*, párr. 363.

[15] Véase la resolución 48/32, párr. 5.

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;

12. *Decide*, a fin de asegurar la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la Comisión y sus grupos de trabajo, continuar, en la Comisión Principal competente durante el sexagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, su examen de la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países menos adelantados que son miembros de la Comisión, previa solicitud de estos y en consulta con el Secretario General;

13. *Acoge con beneplácito*, habida cuenta del reciente aumento del número de sus miembros y del número de temas de que se ocupa, que la Comisión haya comenzado a realizar un examen exhaustivo de sus métodos de trabajo en su 40º período de sesiones, que pretende continuar en períodos de sesiones ulteriores, a fin de garantizar la elevada calidad de su labor y la aceptabilidad internacional de sus instrumentos[16], y a este respecto recuerda sus resoluciones anteriores sobre esta cuestión;

14. *Acoge con beneplácito también* el debate de la Comisión sobre su papel en la promoción del estado de derecho en los planos nacional e internacional, en particular su convicción de que la puesta en práctica y el empleo efectivo de normas de derecho privado moderno aplicables al comercio internacional son esenciales para el fomento de la buena gobernanza, el desarrollo económico sostenido y la erradicación de la pobreza y del hambre, y que la promoción del principio de legalidad en las relaciones comerciales debe formar parte integrante del programa más amplio de las Naciones Unidas para fomentar el estado de derecho en los ámbitos nacional e internacional, entre otras cosas, a través del Grupo de Coordinación y Apoyo sobre el Estado de Derecho, que recibe asistencia de la Dependencia sobre el Estado de Derecho de la Oficina Ejecutiva del Secretario General, así como el hecho de que la Comisión desee contribuir al fortalecimiento y la coordinación de las actividades de la Organización y considere que su cometido particular a ese respecto consiste en prestar asistencia a los Estados que tratan de promover el principio de legalidad en la esfera de las inversiones y el comercio a nivel nacional e internacional[17];

15. *Acoge con beneplácito además* que la Comisión haya examinado el proyecto de marco estratégico para el período 2010-2011 y revisado el proyecto de plan por programas bienal para la armonización, modernización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional (subprograma 5), y toma nota de que, si bien la Comisión observó con beneplácito que los objetivos y los logros previstos de la Secretaría y la estrategia global del subprograma 5 se ajustaban a su política general, también se mostró preocupada por que los recursos asignados a la Secretaría en el marco del subprograma 5 pudieran resultarle insuficientes para responder, en particular, a la demanda cada vez mayor de asistencia técnica

[16] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/63/17 y Corr.1), párrs. 373 a 381.

[17] *Ibid.*, párr. 386.

procedente de países en desarrollo y países de economía en transición a fin de poder hacer frente a su necesidad urgente de reformar su legislación mercantil, e instó al Secretario General a que adoptara medidas para conseguir que se dispusiera prontamente del volumen relativamente pequeño de recursos adicionales necesarios para responder a una demanda tan importante para el desarrollo de dichos países[18];

16. *Recuerda* sus resoluciones relativas a las asociaciones de colaboración entre las Naciones Unidas y las entidades no estatales, en particular el sector privado[19], y las resoluciones en que alentaba 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, en particular 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[20];

17. *Reitera su solicitud* de que el Secretario General, de conformidad con sus resoluciones que se refieren a cuestiones relativas a la documentación[21], y en las que se insiste en particular en que la reducción de la extensión 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 aplicar a sus documentos las normas sobre límite de páginas;

18. *Solicita* al Secretario General que se sigan redactando actas resumidas de las sesiones de la Comisión dedicadas a la formulación de instrumentos normativos, incluidas las de los comités plenarios establecidos por la Comisión durante su período de sesiones anual;

19. *Recuerda* su resolución por la que aprobó 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 de hacerla más accesible[22], expresa su preocupación respecto al cumplimiento de los plazos de publicación del *Anuario* y solicita al Secretario General que estudie fórmulas para facilitar dicha publicación en el momento oportuno;

20. *Destaca* la importancia que reviste la entrada en vigor de las convenciones resultantes de la labor de la Comisión para la unificación y la armonización a nivel mundial del derecho mercantil internacional y, a tal fin, insta 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;

21. *Acoge con beneplácito* 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[23] y la relativa a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial

---

[18] *Ibid*., párr. 391.
[19] Resoluciones 55/215, 56/76, 58/129 y 60/215.
[20] Resoluciones 59/39, 60/20 y 61/32.
[21] Resoluciones 52/214, secc. B, 57/283 B, secc. III y 58/250, secc. III.
[22] Resolución 2502 (XXIV), párr. 7.
[23] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, núm. 25567.

Internacional[24], con el fin de ayudar a difundir información sobre esos textos y promover su utilización, incorporación al derecho interno e interpretación uniforme.

Proyecto de resolución II
Guía de prácticas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza

La Asamblea General,

Observando que la expansión del comercio y de las inversiones da lugar a que aumenten los supuestos en que los negocios se realizan a nivel mundial y las empresas y las personas físicas tienen bienes e intereses en más de un Estado,

Observando también que, en los casos en que los deudores sujetos al procedimiento de insolvencia tengan bienes en más de un Estado o formen parte de un grupo empresarial que realice operaciones comerciales y tengan bienes en más de un Estado, suele ser generalmente necesario y urgente que haya una cooperación transfronteriza y se coordine la supervisión y administración de los bienes y negocios de esos deudores,

Reconociendo que con la cooperación y la coordinación en los casos de insolvencia transfronteriza pueden aumentar de manera notable las posibilidades de salvar los negocios de las personas físicas y los grupos empresariales en situación financiera precaria,

Reconociendo también que, en general, la cooperación y la coordinación transfronterizas y los medios para ponerlas en práctica no están difundidos, y que la disponibilidad de información fácilmente accesible sobre la práctica actual en materia de coordinación y cooperación transfronterizas puede facilitar y promover esa cooperación y coordinación e impedir demoras y gastos innecesarios,

Observando con satisfacción que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 42º período de sesiones finalizó y aprobó el 1 de julio de 2009 la Guía de prácticas sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza[25],

Observando además que para la preparación de la Guía de prácticas se celebraron deliberaciones y consultas con gobiernos, jueces y otros profesionales del ámbito de la insolvencia transfronteriza,

1. *Expresa su reconocimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber finalizado y aprobado su Guía de prácticas sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza[1];

2. *Solicita* al Secretario General que publique el texto de la Guía de prácticas, incluso en formato electrónico, y que lo remita a los gobiernos,

---

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

[25] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/64/17), cap. III.

solicitándoles que lo hagan llegar a las autoridades competentes a fin de que sea de conocimiento y acceso generalizado;

3. *Recomienda* que, cuando proceda, los jueces, los profesionales del ámbito de la insolvencia y otros interesados en procedimientos de insolvencia transfronteriza tomen debidamente en consideración la Guía de prácticas;

4. *Recomienda también* que todos los Estados sigan considerando la aplicación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Insolvencia Transfronteriza[26].

[26] Resolución 52/158, anexo.

D. Resoluciones 64/111, 64/112 y 64/116 de la Asamblea General

Resoluciones aprobadas por la Asamblea General sobre el informe de la Sexta Comisión (A/64/447)

64/111. Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 42° período de sesiones

La Asamblea General,

Recordando su resolución 2205 (XXI), de 17 de diciembre de 1966, en 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, interés común y respeto del estado de derecho, y a la eliminación de la discriminación en el comercio internacional y, por consiguiente, a la paz, la estabilidad y el bienestar de todos los pueblos,

Habiendo examinado el informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 42° 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 cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/64/17).

1. *Toma nota con aprecio* del informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones[1];

2. *Encomia* a la Comisión por haber finalizado y aprobado su Guía de prácticas sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza[2];

3. *Acoge con beneplácito* los progresos realizados por la Comisión en la revisión de su Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[3] al examinar el capítulo I del proyecto de ley modelo revisada[4], y la alienta a que finalice cuanto antes su labor sobre la ley modelo revisada;

4. *Acoge con beneplácito también* los progresos realizados por la Comisión en la revisión de su Reglamento de Arbitraje[5], la preparación de un proyecto de guía legislativa sobre el tratamiento de los grupos empresariales insolventes y la elaboración de un suplemento de su Guía Legislativa sobre las Operaciones Garantizadas[6] dedicado a las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual, y respalda la decisión de la Comisión de llevar a cabo nuevos trabajos en la esfera del arbitraje, el comercio electrónico, el derecho del transporte y el fraude comercial, y de examinar en su 43º período de sesiones propuestas acerca de la labor futura en los ámbitos de la insolvencia y las garantías reales, como se indica en el informe;

5. *Acoge con beneplácito además* la decisión de la Comisión de solicitar a la Secretaría que organice, siempre que los recursos lo permitan, un coloquio internacional sobre el comercio electrónico y otro sobre las garantías reales[7];

6. *Hace notar con aprecio* la decisión de la Comisión con respecto a la publicación de su Guía sobre las Operaciones Garantizadas, de un comentario acerca de la Convención de las Naciones Unidas sobre la cesión de créditos en el comercio internacional[8] y de un texto en el que se examina la relación existente entre diversos textos sobre garantías reales preparados por la Comisión, el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado[9];

7. *Hace notar con aprecio también* la decisión de la Comisión de recomendar que se utilice la versión revisada en 2007 de las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios, publicada por la Cámara de

---

[2] *Ibid.*, párr. 24.

[3] *Ibid.*, *cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/49/17 y Corr.1), anexo I.

[4] *Ibid.*, *sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/64/17), párr. 283.

[5] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta: S.93.V.6.

[6] Aprobado por la Comisión en la continuación de su 40° período de sesiones. Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17), segunda parte, párr. 100.

[7] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/64/17), párrs. 319 y 343.

[8] Resolución 56/81, anexo.

[9] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/64/17), párrs. 315 y 321.

Comercio Internacional, cuando proceda, en las operaciones en que se establezca un crédito documentario[10];

8. *Acoge con beneplácito* los progresos realizados en el proyecto de seguimiento de la aplicación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958[11], que está llevando a cabo la Comisión, y la preparación de un proyecto de guía para la incorporación de la Convención en el derecho interno a fin de promover su interpretación y aplicación uniformes[12];

9. *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;

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

a) Acoge con satisfacción las iniciativas tomadas por la Comisión para ampliar, por conducto de su secretaría, su programa de asistencia y cooperación técnicas y, a ese respecto, alienta al Secretario General a que establezca asociaciones de colaboración con entidades estatales y no estatales para promover la sensibilización acerca de la labor de la Comisión y facilitar la aplicación efectiva de las normas jurídicas que resulten de dicha labor;

b) Expresa su reconocimiento a la Comisión por llevar a cabo actividades de asistencia y cooperación técnicas a nivel nacional, subregional y regional, y por la asistencia prestada para redactar legislación en la esfera del derecho mercantil internacional, y señala a la atención del Secretario General lo limitado de los recursos disponibles en esta esfera;

c) Expresa su reconocimiento a los gobiernos cuyas contribuciones permitieron organizar las actividades de asistencia y cooperación técnicas y hace un llamamiento 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 apoyo de cualquier otra manera a la secretaría de la Comisión para realizar actividades de asistencia técnica, en particular en países en desarrollo;

---

[10] *Ibid*., párr. 357.

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

[12] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/64/17), párr. 360.

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 las de esta, habida cuenta de la relevancia e importancia que tienen la labor y los programas de la Comisión para la promoción del estado de derecho a nivel nacional e internacional y para la aplicación del programa de desarrollo de las Naciones Unidas, en particular para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio;

e) Hace notar la solicitud de la Comisión de que la Secretaría se plantee la posibilidad de estar presente en regiones o en determinados países, por ejemplo, enviando funcionarios a las oficinas de las Naciones Unidas sobre el terreno, colaborando con las oficinas sobre el terreno ya existentes o estableciendo oficinas de la Comisión en los países con miras a facilitar la prestación de asistencia técnica con respecto a la utilización y adopción de textos de la Comisión[13];

11. *Expresa su reconocimiento* al Gobierno cuya contribución al fondo fiduciario establecido para la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que son miembros de la Comisión, previa solicitud de estos y en consulta con el Secretario General[14], ha permitido volver a prestar dicha asistencia, y hace un llamamiento 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 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;

12. *Decide*, a fin de asegurar la plena participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la Comisión y sus grupos de trabajo, continuar, en la Comisión Principal competente durante el sexagésimo cuarto período de sesiones de la Asamblea General, su examen de la concesión de asistencia para gastos de viaje a los países menos adelantados que son miembros de la Comisión, previa solicitud de estos y en consulta con el Secretario General;

13. *Acoge con beneplácito*, habida cuenta del reciente aumento del número de sus miembros y del número de temas de que se ocupa, que la Comisión haya comenzado a realizar un examen exhaustivo de sus métodos de trabajo en su 40º período de sesiones, que pretende continuar en períodos de sesiones ulteriores, a fin de garantizar la elevada calidad de su labor y la aceptabilidad internacional de sus instrumentos[15], y a este respecto recuerda sus resoluciones anteriores sobre esta cuestión;

---

[13] *Ibid.*, párr. 363.

[14] Véase la resolución 48/32, párr. 5.

[15] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* y corrección (A/63/17 y Corr.1), párrs. 373 a 381.

14. *Acoge con beneplácito también* el debate de la Comisión sobre su papel en la promoción del estado de derecho en los planos nacional e internacional, en particular su convicción de que la puesta en práctica y el empleo efectivo de normas de derecho privado moderno aplicables al comercio internacional son esenciales para el fomento de la buena gobernanza, el desarrollo económico sostenido y la erradicación de la pobreza y del hambre, y que la promoción del principio de legalidad en las relaciones comerciales debe formar parte integrante del programa más amplio de las Naciones Unidas para fomentar el estado de derecho en los ámbitos nacional e internacional, entre otras cosas, a través del Grupo de Coordinación y Apoyo sobre el Estado de Derecho, que recibe asistencia de la Dependencia sobre el Estado de Derecho de la Oficina Ejecutiva del Secretario General, así como el hecho de que la Comisión desee contribuir al fortalecimiento y la coordinación de las actividades de la Organización y considere que su cometido particular a ese respecto consiste en prestar asistencia a los Estados que tratan de promover el principio de legalidad en la esfera de las inversiones y el comercio a nivel nacional e internacional[16];

15. *Acoge con beneplácito además* que la Comisión haya examinado el proyecto de marco estratégico para el período 2010-2011 y revisado el proyecto de plan por programas bienal para la armonización, modernización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional (subprograma 5), y toma nota de que, si bien la Comisión observó con beneplácito que los objetivos y los logros previstos de la Secretaría y la estrategia global del subprograma 5 se ajustaban a su política general, también se mostró preocupada por que los recursos asignados a la Secretaría en el marco del subprograma 5 pudieran resultarle insuficientes para responder, en particular, a la demanda cada vez mayor de asistencia técnica procedente de países en desarrollo y países de economía en transición a fin de poder hacer frente a su necesidad urgente de reformar su legislación mercantil, e instó al Secretario General a que adoptara medidas para conseguir que se dispusiera prontamente del volumen relativamente pequeño de recursos adicionales necesarios para responder a una demanda tan importante para el desarrollo de dichos países[17];

16. *Recuerda* sus resoluciones relativas a las asociaciones de colaboración entre las Naciones Unidas y las entidades no estatales, en particular el sector privado[18], y las resoluciones en que alentaba 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, en particular 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[19];

17. *Reitera su solicitud* de que el Secretario General, de conformidad con sus resoluciones que se refieren a cuestiones relativas a la documentación[20], y en las que se insiste en particular en que la reducción de la extensión de los documentos no debe ir en detrimento de la calidad de la presentación ni del fondo de estos, tenga

[16] *Ibid.*, párr. 386.
[17] *Ibid.*, párr. 391.
[18] Resoluciones 55/215, 56/76, 58/129 y 60/215.
[19] Resoluciones 59/39, 60/20 y 61/32.
[20] Resoluciones 52/214, secc. B, 57/283 B, secc. III y 58/250, secc. III.

presente las características especiales del mandato y la labor de la Comisión al aplicar a sus documentos las normas sobre límite de páginas;

18. *Solicita* al Secretario General que se sigan redactando actas resumidas de las sesiones de la Comisión dedicadas a la formulación de instrumentos normativos, incluidas las de los comités plenarios establecidos por la Comisión durante su período de sesiones anual;

19. *Recuerda* su resolución por la que aprobó 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 de hacerla más accesible[21], expresa su preocupación respecto al cumplimiento de los plazos de publicación del *Anuario* y solicita al Secretario General que estudie fórmulas para facilitar dicha publicación en el momento oportuno;

20. *Destaca* la importancia que reviste la entrada en vigor de las convenciones resultantes de la labor de la Comisión para la unificación y la armonización a nivel mundial del derecho mercantil internacional y, a tal fin, insta 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;

21. *Acoge con beneplácito* 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[22] y la relativa a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional[23], con el fin de ayudar a difundir información sobre esos textos y promover su utilización, incorporación al derecho interno e interpretación uniforme.

64ª sesión plenaria
16 de diciembre de 2009

---

[21] Resolución 2502 (XXIV), párr. 7.
[22] Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1489, núm. 25567.
[23] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/40/17), anexo I.

64/112. Guía de prácticas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza

La Asamblea General,

Observando que la expansión del comercio y de las inversiones da lugar a que aumenten los supuestos en que los negocios se realizan a nivel mundial y las empresas y las personas físicas tienen bienes e intereses en más de un Estado,

Observando también que, en los casos en que los deudores sujetos al procedimiento de insolvencia tengan bienes en más de un Estado o formen parte de un grupo empresarial que realice operaciones comerciales y tengan bienes en más de un Estado, suele ser generalmente necesario y urgente que haya una cooperación transfronteriza y se coordine la supervisión y la administración de los bienes y negocios de esos deudores,

Reconociendo que con la cooperación y la coordinación en los casos de insolvencia transfronteriza pueden aumentar de manera notable las posibilidades de salvar los negocios de las personas físicas y los grupos de empresas en situación financiera precaria,

Reconociendo también que, en general, no existe familiaridad con la cooperación y la coordinación transfronterizas y con los medios para ponerlas en práctica, y que la disponibilidad de información fácilmente accesible sobre la práctica actual en materia de coordinación y cooperación transfronterizas puede facilitar y promover esa cooperación y coordinación e impedir demoras y gastos innecesarios,

Observando con satisfacción que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 42º período de sesiones finalizó y aprobó el 1 de julio de 2009 la Guía de prácticas sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza[1],

Observando además que para la preparación de la Guía de prácticas se celebraron deliberaciones y consultas con gobiernos, jueces y otros profesionales del ámbito de la insolvencia transfronteriza,

1. *Expresa su reconocimiento* a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional por haber finalizado y aprobado su Guía de prácticas sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza[1];

2. Solicita al Secretario General que publique el texto de la Guía de prácticas, incluso en formato electrónico, y que lo remita a los gobiernos, solicitándoles que lo hagan llegar a las autoridades competentes a fin de que sea de conocimiento y acceso generalizado;

3. *Recomienda* que, cuando proceda, los jueces, los profesionales del ámbito de la insolvencia y otros interesados en procedimientos de insolvencia transfronteriza tomen debidamente en consideración la Guía de prácticas;

---

[1] Véase *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/64/17), cap. III.

4. *Recomienda también* que todos los Estados sigan considerando la aplicación de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Insolvencia Transfronteriza[2].

64ª sesión plenaria
16 de diciembre de 2009

[2] Resolución 52/158, anexo.

64/116. El estado de derecho en los planos nacional e internacional

La Asamblea General,

Recordando su resolución 63/128, de 11 de diciembre de 2008,

Reafirmando su adhesión a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y al derecho internacional, que son el fundamento indispensable de un mundo más pacífico, próspero y justo, y reiterando su determinación de promover su estricto respeto y de establecer una paz justa y duradera en todo el mundo,

Reafirmando que los derechos humanos, el estado de derecho y la democracia están vinculados entre sí, se refuerzan mutuamente y forman parte de los valores y principios fundamentales, universales e indivisibles de las Naciones Unidas,

Reafirmando también la necesidad del respeto y la aplicación universales del estado de derecho en los planos nacional e internacional y su compromiso solemne con un orden internacional basado en el estado de derecho y el derecho internacional, que, junto con los principios de la justicia, es esencial para la coexistencia pacífica y la cooperación entre los Estados,

Convencida de que el progreso del estado de derecho en los planos nacional e internacional es esencial para el crecimiento económico sostenido, el desarrollo sostenible, la erradicación de la pobreza y el hambre y la protección de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, y reconociendo que la seguridad colectiva depende de que exista una cooperación eficaz, de conformidad con la Carta y el derecho internacional, contra las amenazas transnacionales,

Reafirmando el deber de todos los Estados de abstenerse en sus relaciones internacionales de la amenaza o el uso de la fuerza en cualquier forma incompatible con los propósitos y principios de las Naciones Unidas y de arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia, de conformidad con el Capítulo VI de la Carta, y exhortando a los Estados que aún no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de reconocer la competencia de la Corte Internacional de Justicia según lo dispuesto en su Estatuto,

Convencida de que la promoción y el respeto del estado de derecho en los planos nacional e internacional, así como de la justicia y la buena gobernanza, deben guiar las actividades de las Naciones Unidas y de sus Estados Miembros,

Recordando el apartado *e)* del párrafo 134 del Documento Final de la Cumbre Mundial 2005[1],

1. *Toma nota* del informe anual del Secretario General sobre el fortalecimiento y la coordinación de las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho[2];

2. *Reafirma* el papel de la Asamblea General en lo que respecta al fomento del desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación y reafirma

---

[1] Véase la resolución 60/1.

[2] A/64/298.

también que los Estados deben cumplir todas las obligaciones que les incumben con arreglo al derecho internacional;

3. *Destaca* la importancia de que el estado de derecho se respete en el ámbito nacional y la necesidad de apoyar en mayor medida a los Estados Miembros que lo soliciten para que den cumplimiento en el ámbito nacional a sus respectivas obligaciones internacionales mediante el aumento de la asistencia técnica y la creación de capacidad y sobre la base de una mayor coordinación y coherencia dentro del sistema de las Naciones Unidas y entre los donantes, y pide que se evalúe más detenidamente la eficacia de dichas actividades;

4. *Exhorta* al sistema de las Naciones Unidas a que, según proceda, aborde sistemáticamente los aspectos relacionados con el estado de derecho en las actividades pertinentes, reconociendo la importancia que este reviste en prácticamente todos los ámbitos de la labor de las Naciones Unidas;

5. *Expresa su pleno apoyo* a la función general de coordinación y armonización que, dentro del sistema de las Naciones Unidas y conforme a los mandatos vigentes, desempeña el Grupo de Coordinación y Apoyo sobre el Estado de Derecho, asistido por la Dependencia sobre el Estado de Derecho de la Oficina Ejecutiva del Secretario General, bajo la dirección de la Vicesecretaria General;

6. *Solicita* al Secretario General que presente su próximo informe anual sobre las actividades de las Naciones Unidas orientadas a la promoción del estado de derecho, de conformidad con el párrafo 5 de la resolución 63/128, tomando nota del párrafo 97 del informe[2];

7. *Acoge con beneplácito* el diálogo iniciado por el Grupo de Coordinación y Apoyo sobre el Estado de Derecho y la Dependencia sobre el Estado de Derecho con los Estados Miembros sobre el tema "Promoción del estado de derecho en el plano internacional", y pide que este diálogo continúe con miras a fomentar el estado de derecho en el plano internacional;

8. *Alienta* al Secretario General y al sistema de las Naciones Unidas a que otorguen alta prioridad a las actividades orientadas a la promoción del estado de derecho;

9. *Invita* a la Corte Internacional de Justicia, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional y la Comisión de Derecho Internacional a que sigan formulando observaciones, en sus respectivos informes a la Asamblea General, sobre sus funciones actuales en la promoción del estado de derecho;

10. *Invita* al Grupo de Coordinación y Apoyo sobre el Estado de Derecho y a la Dependencia sobre el Estado de Derecho a que continúen manteniendo contactos periódicos con los Estados Miembros, en particular en reuniones oficiosas;

11. *Destaca* la necesidad de dotar a la Dependencia sobre el Estado de Derecho de los fondos y el personal necesarios para que pueda llevar a cabo su labor de manera sostenible y eficaz e insta al Secretario General y los Estados Miembros a que sigan apoyando el funcionamiento de la Dependencia;

12. *Decide* incluir en el programa provisional de su sexagésimo quinto período de sesiones el tema titulado "El estado de derecho en los planos nacional e internacional", invita a los Estados Miembros a que, sin perjuicio del examen del

tema en su conjunto, centren sus observaciones durante el próximo debate de la Sexta Comisión en el subtema "Legislación y prácticas de los Estados Miembros en relación con la aplicación del derecho internacional"[3], e invita al Secretario General a que, tras recabar las opiniones de los Estados Miembros, facilite información sobre ese subtema en su informe.

64ª sesión plenaria
16 de diciembre de 2009

[3] Véase la nota del Presidente de la Sexta Comisión (A/C.6/63/L.23). Véase también el párrafo 10 de la resolución 63/128 en el cual se señaló el subtema "El estado de derecho y la justicia de transición en situaciones de conflicto o posteriores a un conflicto" como subtema del sexagésimo sexto período de sesiones.

Segunda parte

ESTUDIOS E INFORMES SOBRE TEMAS CONCRETOS

I. CONTRATACIÓN PÚBLICA

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública acerca de la labor de su 14º período de sesiones (Viena, 8 a 12 de septiembre de 2008)

(A/CN.9/664) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-6
II.	Organización del período de sesiones	7-11
III.	Deliberaciones y decisiones	12-17
IV.	Examen de propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios	18-116
	A. Vías de recurso - disposiciones relativas al recurso de reconsideración, enunciadas en el capítulo VI de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.64, párrs. 5 a 9)	18-74
	1. Introducción	18-19
	2. Artículo 52 (Recurso de reconsideración)	20-25
	3. Excepción relativa a la selección del método de contratación conforme al artículo 52 2) a)	26-27
	4. Reconsideración por la entidad adjudicadora (o por la autoridad que dio su aprobación) (artículo 53)	28-33
	5. Recurso administrativo jerárquico (artículo 54)	34-58
	6. Ciertas normas aplicables a los procedimientos de examen de recursos (artículo 55)	59-60
	7. Suspensión del proceso de contratación (artículo 56)	61-73
	8. Otras cuestiones que plantea el capítulo VI	74
	B. Proyectos de disposición sobre la utilización de acuerdos marco en la contratación pública regulada por la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.62, párrs. 3 a 12, y A/CN.9/WG.I/WP.63, párrs. 3 a 35)	75-110
	1. Terminología	75
	2. Tipos de acuerdo marco y condiciones para recurrir a ellos	76
	3. Procedimientos para la utilización de acuerdos marco	77-109
	4. Otras cuestiones suscitadas por el empleo de acuerdos marco	110

C. Texto propuesto para tratar en la Guía para la incorporación al derecho interno las disposiciones aplicables a la utilización de un acuerdo marco en la contratación pública conforme a la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.63) . . 111-112

D. Debate sobre la finalización y la adopción de la Ley Modelo y de la Guía revisadas 113-115

E. Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: conflictos de interés (A/CN.9/WG.I/WP.64, párrs. 10 a 33) 116

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 al Grupo de Trabajo un mandato flexible 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, párr. 82). El Grupo de Trabajo inició la elaboración de propuestas para la revisión de la Ley Modelo en su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 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 A/CN.9/WG.I/WP.32 por orden sucesivo (A/CN.9/568, párr. 10).

2. En sus períodos de sesiones séptimo a 13º (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005; Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005; Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006; Viena, 25 a 29 de septiembre de 2006; Nueva York, 21 a 25 de mayo de 2007; Viena, 3 a 7 de septiembre de 2007; y Nueva York, 7 a 11 de abril de 2008, respectivamente) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640 y A/CN.9/648), el Grupo de Trabajo pasó a examinar los temas relacionados con la utilización de la tecnología y las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación: a) el empleo de medios electrónicos de comunicación en el proceso de contratación, en particular el intercambio de comunicaciones por medios electrónicos, la presentación de ofertas por vía electrónica, la apertura de las ofertas, la celebración de reuniones y el almacenamiento de información, así como los controles que deban aplicarse al respecto; b) aspectos de la publicación de información referente a la contratación, examinándose en particular la posibilidad de ampliar el alcance actual del artículo 5 y la publicación de anuncios sobre los contratos próximamente adjudicables; y c) la subasta electrónica inversa, estudiándose en particular si este método debería ser tratado como una fase optativa de otros métodos de contratación o como un método autónomo directamente utilizable, así como los criterios exigibles para su empleo, los contratos adjudicables por este método y los procedimientos que habrían de aplicarse al utilizarlo.

3. En sus períodos de sesiones séptimo, octavo, décimo, 11º y 12º, el Grupo de Trabajo pasó a examinar además los problemas planteados por las denominadas ofertas anormalmente bajas, así como la necesidad de que fueran detectadas a tiempo en una etapa inicial del proceso de adjudicación y de prevenir los efectos eventualmente negativos de esas ofertas. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó los textos normativos propuestos en lo referente al empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, así como a la publicación de información relativa a los contratos adjudicables, las ofertas anormalmente bajas y el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública, que se presentan en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.58 y A/CN.9/WG.I/WP.59, respectivamente, y sugirió que se hicieran ciertas revisiones en dichos textos.

4. En su 13º período de de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó a fondo la cuestión de los acuerdos marco basándose en los textos normativos presentados en las notas de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.52, A/CN.9/WG.I/WP.52/Add.1 y A/CN.9/WG.I/WP.56) y convino en que se combinaran los dos enfoques sugeridos en dichos documentos, a fin de que la Ley Modelo regulara conjuntamente, siempre que así proceda, los rasgos comunes a los diversos tipos de acuerdo marco, de modo que se evitara, entre otras cosas, toda repetición innecesaria al regular por separado los rasgos distintivos de cada tipo de acuerdo marco.

5. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó también la cuestión de las listas de proveedores, que se examinó sobre la base de un resumen de las anteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre este tema (A/CN.9/568, párrs. 55 a 68; A/CN.9/WG.I/WP.45, y A/CN.9/WG.I/WP.45/Add.1). El Grupo de Trabajo decidió que no se regulara este tema en la Ley Modelo por motivos que se expondrían en la Guía para su incorporación al derecho interno (en adelante, "la Guía").

6. En sus períodos de sesiones 38º, 39º, 40º y 41º, celebrados respectivamente en 2005, 2006, 2007 y 2008, la Comisión encomió 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; A/61/17, párr. 192; A/62/17 (Part I), párr. 170; y A/63/17, párr. 299). En su 39º período de sesiones, la Comisión recomendó al Grupo de Trabajo que, al actualizar la Ley Modelo y la Guía, tuviera en cuenta las cuestiones suscitadas por los conflictos de intereses y se planteara si se justificaría insertar alguna disposición al respecto en la Ley Modelo (A/61/17, párr. 192). En su 40º período de sesiones, la Comisión recomendó que el Grupo de Trabajo aprobara un programa concreto para sus siguientes períodos de sesiones a fin de agilizar sus progresos al respecto (A/62/17 (Part I), párr. 170). Conforme a esa recomendación, el Grupo de Trabajo aprobó su calendario de deliberaciones para sus períodos de sesiones 12º y 13º (A/CN.9/648, anexo) y convino en que presentaría con regularidad su calendario de trabajo actualizado a la Comisión. En su 41º período de sesiones, la Comisión invitó al Grupo de Trabajo a agilizar la labor sobre este proyecto, con miras a que se finalizara y aprobara, en un plazo razonable, el texto revisado de la Ley Modelo, junto con el de su Guía para la incorporación al derecho interno.

II. Organización del período de sesiones

7. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 14º período de sesiones en Viena del 8 al 12 de septiembre de 2008. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Belarús, Bolivia, Canadá, Chile, China, Colombia, Egipto, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Irán (República Islámica del), Kenya, Letonia, Líbano, Marruecos, México, Nigeria, Paraguay, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Senegal, Singapur, Tailandia, Túnez y Venezuela (República Bolivariana de).

8. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argentina, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Emiratos Árabes Unidos,

Eslovaquia, Filipinas, Haití, Indonesia, Iraq, Irlanda, Lituania, Nicaragua, Portugal, República Democrática del Congo, República Dominicana, República Unida de Tanzanía, Rumania, Swazilandia, Suecia y Turquía.

9. También estuvieron presentes observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial y Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI);

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Comisión Europea (CE), Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo (IDLO), Organización Mundial del Comercio (OMC) y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE);

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por el Grupo de Trabajo*: American Bar Association, Asociación Internacional de Abogados, Foro de Conciliación y Arbitraje Internacionales, International Swaps and Derivatives Association y Asociación Europea de Estudiantes de Derecho (ELSA). El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para integrar la Mesa:

Presidente: Sr. Tore WIWEN-NILSSON (Suecia)[1]

Relatora: Sra. Ligia GONZÁLEZ LOZANO (México)

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

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.I/WP.60);

b) Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos acerca del empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública y sobre la publicación de información relativa a la contratación pública, así como acerca de las subastas electrónicas inversas y de las ofertas anormalmente bajas (A/CN.9/WG.I/WP.61);

c) Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos acerca del empleo de acuerdos marco en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.62);

d) Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto de la Guía para la incorporación al derecho interno relativo al empleo de acuerdos marco en la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.63); y

e) Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: las vías de recurso, los conflictos de intereses y la contratación de servicios en la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.64).

11. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.

[1] Elegido a título personal.

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

12. En su 14º período de sesiones, el Grupo de Trabajo prosiguió su tarea de elaboración de propuestas para la revisión de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo basó sus deliberaciones en las notas de la Secretaría indicadas en el párrafo 10 *supra*.

13. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara los textos normativos presentados en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.62, A/CN.9/WG.I/WP.63 y A/CN.9/WG.I/WP.64, en los que se recogen las deliberaciones de su 14º período de sesiones, con miras a examinarlos en su siguiente período de sesiones.

14. El Grupo de Trabajo examinó las disposiciones relativas a las vías de recurso, que figuran en el capítulo VI de la Ley Modelo, y confirmó la decisión adoptada en su sexto período de sesiones de que se suprimiera la lista de excepciones a las vías de recurso. Se convino, por tanto, en que sería recurrible toda decisión por la que se procediera a seleccionar al proveedor o contratista ganador por cualquier método de contratación o por algún medio técnico utilizado en el marco de algún método de contratación (la subasta electrónica inversa o algún procedimiento previsto en un acuerdo marco). El Grupo de Trabajo convino en revisar lo dispuesto en los artículos 53 a 56 de la Ley Modelo y los procedimientos en ellos previstos (véanse los párrafos 28 a 73 *infra*).

15. El Grupo de Trabajo convino también en que se introdujera una moratoria en el artículo 36, que sería aplicable entre el momento en que se determinara al proveedor ganador y la entrada en vigor del contrato adjudicado y en que se previera la anulación del contrato adjudicado a raíz de ciertas vías de recurso en determinadas circunstancias (véanse los párrafos 45 a 55 *infra*).

16. El Grupo de Trabajo examinó los textos normativos referentes a los procedimientos para los acuerdos marco, que figuraban en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.62 y A/CN.9/WG.I/WP.63 y sugirió que se revisaran esos textos teniendo en cuenta su decisión de separar, en la Ley Modelo, las disposiciones relativas a los acuerdos marco abiertos de las referentes a los acuerdos marco cerrados.

17. El Grupo de Trabajo examinó también los problemas que plantean los conflictos de interés basándose en una nota de la Secretaría sobre el tema (A/CN.9/WG.I/WP.64) y convino en estudiar la posibilidad de ampliar el alcance de los artículos 4, 15 y 54 de la Ley Modelo para abordar los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, así como en explicar en la Guía los distintos enfoques adoptados en diversos países.

IV. Examen de propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

A. Vías de recurso - disposiciones relativas al recurso de reconsideración, enunciadas en el capítulo VI de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.64, párrs. 5 a 9)

1. Introducción

18. El Grupo de Trabajo recordó las decisiones que había adoptado en su sexto período de sesiones acerca de las disposiciones sobre la reconsideración (A/CN.9/568, párr. 112) y decidió proseguir sus deliberaciones examinando cada uno de los artículos del capítulo VI de la Ley Modelo.

19. Al examinar el texto facultativo de la nota de pie de página que se adjuntó al capítulo VI de la Ley Modelo, en el que se explicaba que, por consideraciones constitucionales o de otra índole, los Estados promulgantes tal vez no estimaran oportuno incorporar a su legislación algunas de las disposiciones relativas a la reconsideración, o todas ellas, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera la totalidad de la nota de pie de página. Se puso de relieve que con esta supresión se pondría en práctica la decisión del Grupo de Trabajo conforme a la cual la Ley Modelo debería ser acorde con el enunciado imperativo del apartado e) del párrafo 1) del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el que se exigía el establecimiento de un sistema eficaz de reconsideración y apelación en los procedimientos de contratación pública. Se decidió que en la Guía para la incorporación al derecho interno se daría una mayor orientación al respecto.

2. Artículo 52 (Recurso de reconsideración)

20. En lo que respecta al artículo 52, se señaló que convenía examinar tres cuestiones principales: quiénes eran los “proveedores o contratistas” que podían interponer un recurso de reconsideración; contra qué errores u omisiones podían presentar tal recurso; y la posibilidad de que no pudiera presentarse ningún recurso de reconsideración ni de impugnación contra ciertas medidas adoptadas durante el proceso de contratación pública.

21. Con respecto a la primera cuestión, se indicó que la definición de “proveedor o contratista” venía enunciada en el párrafo f) del artículo 2 de la Ley Modelo. Conforme a esta disposición, el concepto de “proveedor o contratista” abarca toda entidad “a la que pueda adjudicarse..., según el caso” el contrato. Se observó que con una interpretación general de esta definición se impediría que las entidades que hubieran sido descalificadas por algún método no abierto de contratación pudieran impugnar su exclusión.

22. Se observó que la expresión “según el caso”, en el artículo 2 f) y en los objetivos de la reconsideración, abarcaría los objetivos generales del sistema de reconsideración de la contratación: en particular, la cuestión de si esos objetivos debían permitir a la entidad adjudicadora corregir los errores que pudiera haber

cometido, proteger los intereses de los proveedores o contratistas y ser un foro general para recibir quejas sobre todo procedimiento de contratación pública, o una combinación de esos objetivos.

23. Por una parte, se sostuvo que el título del artículo 52 ("Recurso de reconsideración") daba a entender que el objetivo consistía en proteger los intereses de los proveedores o contratistas, pero, por otra parte, se observó también que el artículo 53 ("Reconsideración por la entidad adjudicadora (o por la autoridad que dio su aprobación)"), que exigía que la entidad adjudicadora procediera a una reconsideración como primera medida imperativa en todo procedimiento de reconsideración entablado con arreglo al capítulo VI, precisaba que otro de los objetivos era permitir que la entidad adjudicadora rectificara sus propias decisiones. Se reconocía que en la Ley Modelo no se confería a una persona un derecho más general a quejarse de la actuación de una entidad pública que, a su juicio, no velara al máximo por los intereses del Estado o de sus ciudadanos, habida cuenta del requisito enunciado en el párrafo 1) del artículo 52 de que el proveedor o contratista que impugnara una decisión hubiera sufrido un daño o un perjuicio. No obstante, se señaló que en otras reglas jurídicas del Estado promulgante podría permitirse tal impugnación y que en la Guía para la incorporación al derecho interno debería hacerse referencia a esa posibilidad.

24. Se consideró que, en esas circunstancias, el concepto de "proveedor o contratista" debería permitir a las partes afectadas por decisiones adoptadas en el proceso de adjudicación, que pudieran demostrar fehacientemente que habían sufrido una pérdida a raíz de tales decisiones, proceder a la impugnación de las mismas. Esas personas podrían describirse, por ejemplo, como "partes interesadas" o como las personas que pudieran demostrar la existencia de un perjuicio ocasionado por las decisiones de la entidad adjudicadora. Además, y recordando que el Grupo de Trabajo había convenido provisionalmente en permitir que la elección de un método de contratación pudiera ser objeto de reconsideración, se observó que las entidades que la entidad adjudicadora hubiera excluido indebidamente del procedimiento de contratación deberían poder impugnar la decisión pertinente. Así pues, se argumentó que la actual definición del artículo 2 f) tal vez resultaba excesivamente limitada, ya que evidentemente solo podrían interponer un recurso de reconsideración los interesados que fueran partes permanentes en el proceso de contratación. En consecuencia, se convino en ampliar el alcance de la definición enunciada en el párrafo f) del artículo 2 sustituyendo las palabras "la entidad a la que pueda adjudicarse un contrato" por las palabras "la entidad que pueda ser parte... en un procedimiento de contratación". Junto con el requisito de que la parte afectada demuestre que ha sufrido una pérdida o un daño real o potencial, enunciado en el párrafo 1) del artículo 52, se consideró que con esa enmienda se impediría también ampliar excesivamente el alcance de la disposición, por ejemplo, haciéndola extensiva a los subcontratistas o al público en general, y se contribuiría a impedir que se presentaran solicitudes con fines especulativos. Se agregó que en el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno convendría explicar con cierto detalle el alcance de ese enunciado.

25. La segunda cuestión era la de los motivos que justificaban que se entablara un procedimiento de reconsideración. Se observó que la expresión "incumplimiento de una obligación", que podía interpretarse de más de una manera, debería sustituirse por términos que se ajustaran más al requisito establecido en la Convención de las

Naciones Unidas contra la Corrupción, que hacía referencia al incumplimiento de las reglas y de los procedimientos aplicables. En consecuencia, en el párrafo 1) del artículo 52, se sustituiría la frase "incumplimiento de una obligación que la presente Ley imponga a la entidad adjudicadora" por los términos "incumplimiento de las disposiciones de la presente Ley".

3. Excepción relativa a la selección del método de contratación conforme al artículo 52 2) a)

26. En lo que respecta a la tercera cuestión, se convino en que, habida cuenta de las revisiones introducidas más arriba en el párrafo 1) del artículo 52, habría que suprimir, conforme a la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su sexto período de sesiones, la lista de excepciones para proceder a una reconsideración, algunas de las cuales se referían a medidas de carácter imperativo y otras a decisiones discrecionales adoptadas durante el proceso de adjudicación. Se observó que, por consiguiente, la decisión de seleccionar, mediante una subasta electrónica inversa, al proveedor o contratista ganador de la subasta estaría sujeta a reconsideración (al igual que la elección del procedimiento de selección en el marco del método principal para la contratación de servicios).

27. Se señaló asimismo que la supresión del párrafo f) haría necesario el ajuste, con las consiguientes enmiendas, de los artículos 27 t) y 38 s). Se convino en que en la Guía para la incorporación al derecho interno se explicaran los motivos que justificaban las exclusiones, y también sus consecuencias, inclusive las cuestiones del criterio de la prueba y del alcance de las facultades conferidas.

4. Reconsideración por la entidad adjudicadora (o por la autoridad que dio su aprobación) (artículo 53)

28. Se pusieron de relieve los inconvenientes observados en el sistema obligatorio de reconsideración por los miembros de la entidad previsto en el artículo 53, concretamente el hecho de que si la entidad adjudicadora no adoptaba ninguna medida durante el período de moratoria, sería inevitable que se interpusieran recursos administrativos jerárquicos o contencioso-administrativos, con lo que este proceso de reconsideración no tendría ninguna ventaja. Se sugirió, por lo tanto, que el sistema de reconsideración por los miembros de la entidad no fuera imperativo sino facultativo. Se subrayó asimismo que además este enunciado sería acorde con el enfoque adoptado en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio. Por otra parte, se sostuvo que debería permitirse presentar una queja a la entidad adjudicadora como entidad, y no a su jefe, y que en la Guía deberían analizarse los costos y beneficios de tal mecanismo de reconsideración.

29. Se sugirió asimismo que el texto que figura entre paréntesis en el párrafo 1), en el que se describen los efectos de la presentación de una queja a una autoridad que haya dado su aprobación, debería trasladarse a la Guía, y que, al final de la primera frase del párrafo 1) del artículo 53, se agregaran las palabras "o a la autoridad que dio su aprobación".

30. Además, se convino en suprimir el párrafo 3) del artículo 53, pues de hecho su texto repetía el requisito ya enunciado en la introducción del párrafo 1) en virtud del cual toda impugnación basada en el artículo 53 debía presentarse antes de que la adjudicación del contrato entrara en vigor.

31. En lo que respecta al párrafo 4 b), se convino en que se sustituyera el verbo "indicarán" por "comunicarán", a fin de dejar claro que en la decisión de la entidad adjudicadora deberían especificarse las medidas correctivas que se adoptarán, y en sustituir, por lo tanto, las palabras "que se han de adoptar" por las palabras "que se adoptarán".

32. Se convino en que se suprimiera el párrafo 6), dado que en cualquier caso la entidad adjudicadora podría presentar la queja original a un órgano administrativo o judicial. Se convino en que en la Guía para la incorporación al derecho interno cabría abordar cuestiones de orden práctico, como la situación en que el resultado de una reconsideración por los miembros de la entidad diera la razón al proveedor que hubiera presentado una queja en algunos elementos de su impugnación, pero no en todos, de modo que toda subsiguiente queja presentada a un órgano administrativo o judicial tuviera un alcance limitado.

33. Se convino asimismo en que, una vez introducidas las enmiendas propuestas, la Secretaría examinara el resto del texto del artículo 53 con el fin de cerciorarse de que el enunciado de la disposición es coherente y acorde con el resto del capítulo VI.

5. Recurso administrativo jerárquico (artículo 54)

34. Se formuló la pregunta de si la nota de pie de página referente al título del artículo 54 debería suprimirse (en el texto de dicha nota se dice que cuando el ordenamiento jurídico de un Estado no prevea el recurso administrativo jerárquico, los Estados promulgantes tal vez no deseen incorporar esta disposición a su legislación). Se observó que en algunos ordenamientos se estaban introduciendo sistemas de recursos administrativos jerárquicos y que tal vez sería útil dar orientación a los Estados y fomentar la introducción de tales sistemas, que en general se consideraban una mejora respecto de los recursos caso por caso.

35. Se recordó que en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se requería un sistema de reconsideración independiente y que, por lo tanto, en la Guía para la incorporación al derecho interno debería analizarse el requisito de sistemas de recursos administrativos jerárquicos o contencioso-administrativos especiales e independientes. En consecuencia, se decidió suprimir la nota de pie de página y que se ampliara la orientación facilitada en la Guía sobre el concepto de independencia. Por ejemplo, un órgano de revisión no se consideraría independiente si rindiera cuentas a un ministro o a otro superior al que también rindiera cuentas la entidad adjudicadora. También serían pertinentes las cuestiones relativas a los nombramientos y a la forma en que los miembros del órgano pudieran ser destituidos. Se propuso también modificar el título del artículo de modo que dijera "Recurso ante un órgano administrativo independiente".

36. Se convino asimismo en que era preciso enmendar el apartado a) del párrafo 1) de modo que se ajustara al carácter facultativo del artículo 53, habida cuenta de los cambios introducidos más arriba.

37. Se formuló la pregunta de si convendría enmendar el plazo de 20 días fijado en el párrafo 1) a) de modo que empezara a correr a partir del momento en que fuera "razonable" esperar que el proveedor tuviera conocimiento de las circunstancias que dieran lugar a la queja, y no a partir del momento en que "debió haberse enterado" de tales circunstancias. Se observó que el concepto de "razonabilidad" no se

entendería de igual modo en todos los ordenamientos y que, en cualquier caso, estaría implícito en muchos de ellos. Por consiguiente, se convino en no hacer ninguna referencia a lo que pudiera o no ser "razonable".

38. También se subrayó la necesidad de que en el sistema administrativo de los Estados promulgantes se previera el riesgo de colusión y fraude en la concertación de un contrato con una entidad pública y, en este contexto, los plazos fijados en el artículo 43 tal vez no resulten apropiados. Se observó que en estas cuestiones eran muy importantes, pero que la solución de muchas de ellas (como la de la anulación de un contrato) podía estar regulada en legislación del Estado promulgante sobre materias distintas de la contratación pública. Se puso de relieve que las disposiciones sobre reconsideración tenían por objeto regular los problemas dimanantes de posibles incumplimientos de las reglas y de los procedimientos enunciados en la Ley Modelo, en la que los plazos serían apropiados y necesarios. No sería preciso que las prácticas fraudulentas y otras actividades abusivas, que podían entrañar en última instancia la anulación de un contrato, estuvieran sujetas a los mismos plazos.

39. Tras tomar nota de que el artículo 53 pasaría a ser facultativo de acuerdo con las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo (véase el párrafo 28 *supra*), se convino en que, a fin de promover una solución amigable de las controversias, con la presentación puntual de una queja con arreglo al artículo 53 quedaría suspendido el plazo para la presentación de una solicitud de recurso administrativo jerárquico en virtud del artículo 54. Se convino asimismo en que se introducirían enmiendas generales en el artículo 54, a fin de ajustarlo al carácter facultativo que tiene el artículo 53 revisado.

40. En lo que respecta a los plazos para la presentación de un recurso en virtud de los artículos 53 y 54, se recordó que, de conformidad con lo dispuesto en ambos artículos, las quejas deben presentarse en el plazo de 20 días a partir de la fecha en que el proveedor haya tenido conocimiento de los hechos o circunstancias que hayan dado lugar a la queja (o en que debiera haber tenido conocimiento de tales hechos o circunstancias). Estos plazos se compararon con las disposiciones del artículo 28, en virtud de las cuales el proveedor o contratista podía en cualquier momento solicitar aclaraciones sobre el pliego de condiciones, con la advertencia de que la entidad adjudicadora solo estaba obligada a responder a las solicitudes que recibiera en un plazo "razonable" antes de que expirara el plazo para la presentación de licitaciones u otras ofertas.

41. En lo que respecta al párrafo 1) del artículo 54, se formuló la pregunta de si el plazo para impugnar los requisitos del documento de condiciones habría de ajustarse a lo dispuesto en el artículo 28, o sea, hasta que venciera el plazo para la presentación de ofertas (o un poco antes); esta posibilidad podría también propiciar la máxima claridad en el pliego de condiciones. Otros datos, como los resultados del procedimiento de precalificación, o la elección del método de contratación, habrían de presentarse en el plazo actualmente previsto de 20 días.

42. Se respondió que una solicitud de aclaración en virtud del artículo 28 y la autorización de impugnaciones de conformidad con los artículos 53 y 54 eran aspectos totalmente diferentes del proceso de contratación, por lo que no habría necesidad alguna de ajustar los plazos previstos en el artículo 28 con los de los artículos 53 y 54.

43. Se recordó que, una vez transcurrido el plazo para la presentación de licitaciones u otras ofertas, la entidad adjudicadora solo podría rechazar la totalidad de las ofertas en virtud del artículo 12 de la Ley Modelo, pero si prosperara una impugnación podría haber consecuencias como la cancelación del procedimiento. Se observó que las impugnaciones entabladas tras el plazo de presentación podrían poner en entredicho la contratación en sí si esta fuera posteriormente cancelada, ya que en esa etapa los precios y los detalles de los proveedores concursantes ya serían del dominio público. Por consiguiente, se sostuvo que no deberían poderse impugnar los requisitos del pliego de condiciones una vez transcurrido el plazo para la presentación de las ofertas.

44. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que el plazo para la impugnación del pliego de condiciones no se fijaría hasta el plazo para la presentación de ofertas, y que el párrafo 1) del artículo 54 se modificaría en consecuencia. El plazo de 20 días seguiría en vigor para otros tipos de impugnación.

45. En relación con el párrafo 3) del artículo 54, se formuló la pregunta de si entre los remedios que el órgano administrativo podría conceder o recomendar debería figurar la anulación de un contrato ya adjudicado. Se observó que en algunos ordenamientos se prohíbe la anulación de un contrato adjudicado (al igual que en el artículo 54 de la Ley Modelo); en cambio, en otros ordenamientos la anulación constituye una posible solución. Se señaló al Grupo de Trabajo la reciente directiva de la Comisión Europea sobre remedios, que prevé la anulación de contratos en los casos en que haya habido un importante incumplimiento de los procedimientos de contratación (como el hecho no justificado de no anunciar la convocatoria a licitación), aunque esto solo es posible antes de que se haga pública la adjudicación del contrato. También se hizo referencia a los gastos financieros y a las consecuencias de tal anulación, como las demoras.

46. Se observó que no debería anularse un contrato adjudicado que se hubiera celebrado debidamente (es decir, siguiéndose los procedimientos aplicables, inclusive, en su caso, los de reconsideración). Sin embargo, cabría aplicar un período de parálisis entre la selección del proveedor y la adjudicación del contrato para comprobar si se habían seguido los procedimientos; antes de que expirara dicho período el contrato adjudicado no entraría en vigor. Se señaló que con ese período de parálisis se podría evitar la anulación del contrato, ya que podrían rectificarse los errores antes de la celebración del contrato de adjudicación y también se podría evitar la complicación consistente en tener que declarar nulo un contrato de adjudicación ya firmado. No obstante, se recordó que en la Ley Modelo no figuraba ninguna disposición equivalente.

47. Se informó al Grupo de Trabajo que en el sistema previsto en las Directivas europeas sobre la contratación pública se contemplaba un período obligatorio de parálisis de 10 días entre la determinación del proveedor ganador y la adjudicación del contrato (conocido entre los juristas europeos como el período “Alcatel”, denominación correspondiente a un caso juzgado por el Tribunal Europeo de Justicia), durante el cual podría presentarse una queja. (Además existía también la posibilidad de impugnar la adjudicación durante un período máximo de dos meses después de la decisión al respecto, así como la posibilidad de presentar una impugnación antes de la adjudicación).

48. Por otra parte, se observó que no sería conveniente adoptar un período de parálisis de tipo "Alcatel", dado que entrañaría gastos para la contratación y para los proveedores (tanto para el ganador como para los demás) y demoraría la puesta en práctica del contrato de adjudicación pertinente. Se argumentó además que un período de parálisis de tipo "Alcatel" introduciría también un nivel de incertidumbre en el proceso de contratación, que no se daba en el sector privado. Se respondió que era improbable que los problemas planteados revistieran importancia en el contexto de un período de parálisis de 10 días de duración. El Grupo de Trabajo convino en prever disposiciones sobre la transparencia, basadas en lo dispuesto en las Directivas de la Unión Europea.

49. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo examinó dos cuestiones vinculadas entre sí: en primer lugar la de si debería preverse en la Ley Modelo un período de parálisis, y, en segundo lugar, la de si la Ley Modelo debería sugerir la anulación de un contrato de adjudicación ya celebrado.

50. Se puso de relieve que el texto actual de la Ley Modelo era incompleto a este respecto, puesto que no preveía ni la anulación del contrato ni un período de parálisis. Se observó además que en la Guía para la incorporación al derecho interno podrían describirse las ventajas de un período de parálisis de tipo "Alcatel", el cual, por motivos de costos y eficiencia, debería tener una breve duración de 10 días como máximo, al igual que en el sistema europeo.

51. Se recordó que el Grupo de Trabajo había decidido cumplir con los requisitos imperativos para una reconsideración eficaz que preveía la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, y que un período de parálisis de tipo "Alcatel" podría verse como un elemento esencial de todo sistema eficaz de reconsideración. Se subrayó que la introducción de un período de parálisis constituiría un instrumento importante en la lucha contra la corrupción, pues daría credibilidad y eficacia al sistema al utilizar la presentación de recursos antes de la entrada en vigor del contrato.

52. Se observó también que, habida cuenta de las notables diferencias que existían entre diversos Estados, tal vez no existiera una solución óptima, por lo que tal vez convendría dar cierto margen de flexibilidad a los Estados promulgantes. Algunos delegados formularon la advertencia de que si se introdujera un derecho ilimitado a anular los contratos de adjudicación, podrían aumentar los riesgos de corrupción. Por consiguiente, se sugirió que la posibilidad de anulación se limitara a circunstancias excepcionales. Por otra parte, se pusieron de relieve las dificultades que entrañaba la definición de lo que serían esas circunstancias excepcionales.

53. Frente a lo indicado, algunas delegaciones señalaron que, habida cuenta de que en algunos ordenamientos jurídicos solo un órgano judicial estaba facultado para anular un contrato de adjudicación, si solo se permitía la anulación a través de un proceso judicial de larga duración podrían producirse demoras que crearían un riesgo de fraude. Además, se advirtió que el hecho de contar con la posibilidad de anulación por parte de entidades de derecho penal o de otras ramas del derecho tal vez no diera al sistema suficiente solidez. En consecuencia, se sugirió que se modificara el párrafo 3) del artículo 54 de modo que permitiera la anulación del contrato adjudicado mediante recursos administrativos jerárquicos sin definir las circunstancias en que fuera posible la anulación.

54. Se comentó además que la posibilidad de anulación supondría un complemento necesario de la introducción de un eficaz período de parálisis de tipo "Alcatel", a fin de evitar que las entidades adjudicadoras dejaran transcurrir dicho período sin adoptar ninguna medida.

55. Por consiguiente, se convino en introducir en el artículo 36 un período de parálisis de tipo "Alcatel", que mediaría entre la determinación del proveedor ganador y la entrada en vigor del contrato adjudicado. Además se introduciría en el artículo 54 la posibilidad ilimitada de anular el contrato (mediante la supresión, en los apartados d) y e) del párrafo 3), de las palabras "salvo aquellos/aquellas por los cuales/por las cuales se disponga la entrada en vigor del contrato adjudicado"). En la Guía para la incorporación al derecho interno se daría la debida orientación al legislador acerca de estas disposiciones.

56. Se decidió también que los cambios mencionados requerirían que se modificara la parte introductoria del párrafo 3) del artículo 54, concretamente suprimiendo la palabra "recomendar" y la nota de pie de página correspondiente, de modo que el texto dijera que el órgano administrativo independiente podrá "conceder", y no simplemente "recomendar", los remedios indicados. En la Guía para la incorporación al derecho interno se explicaría el modo en que estas disposiciones podrían formularse para que se ajustaran a los ordenamientos jurídicos en los que una decisión adoptada por una autoridad gubernamental no pudiera ser revocada por dicha autoridad, sino únicamente por un juez. También podría darse orientación para el órgano administrativo acerca de los remedios apropiados, concretamente sobre las repercusiones que puede tener un determinado remedio en la contratación pertinente y en la futura competencia, así como en la integridad real o aparente del proceso de adjudicación y en los costos que un remedio pudiera entrañar para todas las partes, y a fin de fomentar en general un enfoque lo más conservador posible (dado que la cuantía total de esos costos tal vez no resulte evidente).

57. Se observó que lo que podría anularse sería la decisión de seleccionar la oferta ganadora o el contrato de adjudicación, si ya se hubiera firmado, y que la legislación de distintos Estados podía restringir la capacidad del órgano administrativo para anular el contrato adjudicado. Se señaló asimismo que la anulación de un contrato podría traer consigo reclamaciones de daños y perjuicios (a diferencia de lo que ocurría con el artículo 12, en que la entidad adjudicadora no incurriría en ningún tipo de responsabilidad). La cuestión de la cuantía de los daños y perjuicios que el órgano administrativo encargado de un recurso podría otorgar se dejaría al arbitrio del Estado promulgante, junto con toda cuestión relativa a la asignación de las costas. Se hizo hincapié en que la finalidad de las disposiciones era proporcionar una recompensa suficiente a fin de dar un incentivo a los participantes en el proceso de contratación. A este respecto se señaló que cabría recomendar una suma determinada de antemano para la Ley Modelo, con un tope máximo que estuviera en función de la naturaleza y de la envergadura del procedimiento de contratación. Además, aun en el caso de que el derecho administrativo de un Estado promulgante permitiera la asignación de las costas, en la Guía se aconsejaría cautela, a fin de evitar que los procedimientos desalentaran la participación tanto en la presentación de recursos como en la contratación en general, en especial cuando hubiera pequeñas y medianas empresas. Se observó asimismo que convendría tratar de forma similar las tarifas que se cobraran en concepto de presentación de quejas.

58. Después de que se indicara que uno de los motivos para asignar las costas a los proveedores no ganadores radicaba en la necesidad de desalentar las quejas frívolas, se convino en que en la Guía para la incorporación al derecho interno se analizaran diversos mecanismos encaminados a lograr este objetivo.

6. Ciertas normas aplicables a los procedimientos de examen de recursos (artículo 55)

59. Se señaló que estas normas serían enmendadas con el fin de ajustarlas a los artículos 53 y 54, que se habían revisado. Se informó también al Grupo de Trabajo que el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio contenía ciertos requisitos de procedimiento muy similares a los enunciados en el artículo 55 de la Ley Modelo, y se convino en plasmar estos requisitos en la Ley Modelo y en las orientaciones complementarias tanto por motivos de coherencia como con el fin de lograr que los textos no dejaran de ser pertinentes para todos los Estados promulgantes, particularmente para los países con economías en transición o los países en desarrollo que pudieran adherirse al Acuerdo sobre Contratación Pública. En particular, habría que incorporar al artículo 55 de la Ley Modelo las disposiciones del párrafo 6) del artículo 18 del Acuerdo sobre Contratación Pública, en el que se enuncian los requisitos para que el procedimiento se ajuste a derecho (como la necesidad de presentar el expediente del proceso de contratación al órgano administrativo de reconsideración).

60. Se sugirió también que la entidad adjudicadora estuviera obligada a presentar el expediente de la contratación al órgano encargado de examinar un recurso y que esa obligación se plasmara en el artículo 55.

7. Suspensión del proceso de contratación (artículo 56)

61. Se examinaron los períodos de suspensión previstos en el artículo 56 teniendo en cuenta la experiencia de que normalmente el período para el examen de una queja podía tener una duración máxima de 90 o 100 días en algunos ordenamientos, mientras que en el artículo 56 se preveía un período de 7 a 30 días. A este respecto se recordó que el párrafo 4) del artículo 56 permitía a la entidad adjudicadora no tener en cuenta el período de parálisis en casos en que se justificara por razones urgentes de interés público. Se observó también que podía darse el caso, tal vez por razones políticas, de que la suspensión de 7 días no siempre se ampliara hasta el período máximo de 30 días para el pleno examen.

62. Se examinaron los costos y beneficios de la suspensión, inclusive la perturbación del proceso y las demoras que pudiera acarrear su interrupción, así como la cuestión de si una suspensión sería eficaz si una entidad adjudicadora pudiera simplemente esperar que concluyera el período de suspensión y celebrara entonces el contrato de adjudicación (aun cuando estuviera en marcha el examen de un recurso), la necesidad de proteger los derechos de los proveedores y contratistas durante el período de examen, y los otros costos que pudieran surgir si, en vez de la suspensión, existiera la opción de anular subsiguientemente un contrato de adjudicación o de poner fin al proceso de contratación (con la consiguiente apertura de un nuevo procedimiento).

63. Se examinó el alcance de una suspensión presunta o automática otorgada en virtud del artículo 56.

64. Se convino en que el período de suspensión se armonizara con el período asignado al órgano encargado de la reconsideración para hacer pública su decisión.

65. Dado que solo podían presentarse quejas a la entidad adjudicadora, conforme al artículo 53, hasta la fecha en que venciera el plazo de presentación de licitaciones u otras ofertas, se señaló que una suspensión podría traer consigo el aplazamiento de la fecha límite para la presentación de tales ofertas, pero que por lo demás no tendría consecuencias de gran relevancia. Por lo tanto, se convino en que se diera a la entidad adjudicadora el margen de flexibilidad necesario para decidir qué período de suspensión sería el apropiado. Se convino asimismo en que la entidad adjudicadora estuviera obligada a hacer pública la suspensión o a informar a los proveedores o contratistas participantes identificados de la existencia de la suspensión, según el caso, y de la duración de la misma, de ser esta conocida, así como de la reanudación del procedimiento de contratación. Las entidades adjudicadoras estarían en condiciones de determinar la forma más eficaz de efectuar la notificación o de hacer pública la suspensión en función de las circunstancias que caractericen a un determinado procedimiento de contratación. Además, y teniendo en cuenta que una queja se referiría a la conducta de la entidad adjudicadora, se convino en que no debería facultarse a dicha entidad para poner fin al procedimiento de contratación en virtud del artículo 53.

66. Se puso de relieve que las consecuencias de cualquier suspensión decidida en virtud del artículo 54 podrían ser más graves que las de una suspensión otorgada con arreglo al artículo 53 y que, por consiguiente, tal suspensión debería regularse y enfocarse con un criterio moderado. El órgano independiente encargado de la reconsideración de recursos o quejas tendría que adoptar dos medidas: en primer lugar, estudiar la queja para determinar si es frívola, estudiar la necesidad de salvaguardar los derechos del proveedor durante el proceso de reconsideración y determinar si existe alguna razón urgente de interés público que justifique que la contratación siga adelante sin suspensión. (La segunda medida consiste en proceder a la reconsideración.) Se convino en que toda suspensión que entrara en vigor a raíz de la adopción de la primera medida debería llevarse a la práctica y hacerse pública con una demora mínima.

67. Se observó que la experiencia registrada en la práctica en un Estado demostraba que la suspensión automática tenía ciertas ventajas, y la entidad adjudicadora podría dar una justificación apropiada para no proceder a ella. Según se sostuvo, la ventaja de tal sistema estribaba en que liberaba a la entidad adjudicadora de la obligación de evaluar los elementos que aconsejarían una suspensión. Se respondió que este no era el enfoque adoptado en la versión actual de la Ley Modelo, que preveía una suspensión condicional o presunta (artículo 56, párr. 1)) y una suspensión automática (artículo 56, párr. 2)).

68. Tras deliberar, se convino en no enmendar el enfoque seguido en la Ley Modelo, para que así se otorgara una suspensión a menos que fuera desaconsejable por razones urgentes de interés público, o a menos que la queja fuera frívola, y siempre y cuando se cumplieran los requisitos de procedimiento del párrafo 1), referentes a la información que debe facilitar el proveedor. Así pues, el órgano administrativo de reconsideración no dispondría de una facultad discrecional general para denegar una suspensión. Se observó que en la Guía para la incorporación al derecho interno convendría subrayar que se considerará que una queja se presenta puntualmente si tal presentación tiene lugar antes de que venza el

plazo enunciado en el artículo 54, pero también debería puntualizarse que la queja tendría que presentarse lo antes posible para reducir al mínimo el riesgo de perturbación del proceso de contratación.

69. Se examinó la duración máxima de un período de suspensión en una reconsideración a cargo de un órgano administrativo independiente. Por una parte, se opinó que el período máximo de duración podría ser flexible y estar en función del tiempo requerido para examinar la queja en virtud del párrafo 4) del artículo 54. Por ejemplo, el tiempo requerido para el examen podría ser el "período apropiado" que determinara la entidad adjudicadora. Esta sugerencia se respaldó con el argumento de que el período apropiado podría variar de un caso a otro, por lo que su determinación debería dejarse en manos del órgano encargado de la reconsideración, sin fijar explícitamente en el texto ningún período mínimo ni máximo. Se replicó que el órgano encargado de la reconsideración debería sentirse inducido a concluir su tarea con celeridad, por lo cual debería fijarse un período máximo, y se estimó también que, habida cuenta de la experiencia registrada en la práctica, el período actualmente previsto de 30 días sería, por lo general, apropiado. Tras deliberar, se convino en que en el texto figurara un período máximo de 30 días que pudiera prorrogarse si las circunstancias del caso lo justificaran.

70. Se convino asimismo que en la Guía para la incorporación al derecho interno se dieran suficientes detalles con el fin de ayudar a los Estados promulgantes a aplicar estas disposiciones.

71. En cuanto al párrafo 2) y a la situación tras la entrada en vigor del contrato adjudicado, se convino en que con la introducción del período de parálisis "Alcatel" resultaba superflua la suspensión de 7 días prevista en ese párrafo, por lo que sería suprimido el párrafo.

72. Se observó que una parálisis "Alcatel" sería contraproducente en la situación prevista en el párrafo 4) y que habría que introducir enmiendas pertinentes en el artículo 36 y en las disposiciones en materia de reconsideración y examen de recursos.

73. Habida cuenta de las mencionadas enmiendas, que se habían introducido en el artículo 56, se propuso que se suprimiera la totalidad del artículo y que sus disposiciones se trasladaran a los artículos 53 y 54, debidamente enmendados para reflejar la naturaleza del examen en cada caso.

8. Otras cuestiones que plantea el capítulo VI

74. El Grupo de Trabajo recordó que había convenido en aplicar el derecho de apelación (derecho complementario al de reconsideración), como se requería en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. En consecuencia, se acordó insertar en el artículo 52 de la Ley Modelo el derecho de apelación, y se convino también en dar flexibilidad a los Estados promulgantes en la formulación del mecanismo para el proceso de apelación de modo que pudieran tener en cuenta sus respectivos ordenamientos jurídicos. Ante las posibles dificultades que pudiera entrañar la utilización del término "apelación", se convino en enmendar el artículo 52 de modo que dispusiera que el resultado del examen inicial a cargo de un órgano independiente de reconsideración conforme al artículo 54 (o a cargo de un órgano judicial en virtud del artículo 57, si no existía ningún órgano administrativo en el Estado de que se tratara) pudiera ser objeto de apelación ante un segundo

órgano o un órgano superior. Se subrayó asimismo que la reconsideración facultativa en virtud del artículo 53 no constituiría la reconsideración inicial requerida por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

B. Proyectos de disposición sobre la utilización de acuerdos marco en la contratación pública regulada por la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.62, párrs. 3 a 12, y A/CN.9/WG.I/WP.63, párrs. 3 a 35)

1. Terminología

75. Se convino en que los términos mencionados en el párrafo 6) se utilizarían a efectos de la revisión de los proyectos de disposición para la Ley Modelo y en que ulteriormente el Grupo de Trabajo examinaría de nuevo la conveniencia de conservar o no esos términos.

2. Tipos de acuerdo marco y condiciones para recurrir a ellos

Artículo [22 ter]. Tipos de acuerdo marco y condiciones para recurrir a ellos

76. Se observó que en la Guía para la incorporación al derecho interno debería alentarse a las entidades adjudicadoras a considerar que la totalidad de las adquisiciones realizadas en virtud de un acuerdo marco formaban parte de los procedimientos de control y supervisión.

3. Procedimientos para la utilización de acuerdos marco

Artículo [51 octies]. Iniciación de un procedimiento de acuerdo marco

77. Se convino en actualizar las remisiones que se hacían al proyecto de artículo 22 *ter*.

Artículo [51 novies]. Información que deberá especificarse cuando se solicite por primera vez la participación en un procedimiento de acuerdo marco

78. En relación con el párrafo f) del artículo 51 *novies*, se examinó el concepto de "acuerdos marco con múltiples proveedores". Se observó que la referencia a "acuerdos marco con múltiples proveedores" no implicaría distintas posiciones contractuales entre la entidad adjudicadora y los proveedores que fueran partes en el acuerdo marco, pero que los acuerdos con ciertos proveedores podrían contener ligeras variaciones no fundamentales para proteger los secretos comerciales y otros tipos de información delicada desde el punto de vista comercial. Se convino en que se revisara el texto actual para puntualizar que solo se permitían ligeras diferencias de forma o en las cláusulas que no fueran de importancia fundamental. Se acordó asimismo introducir en la Guía para la incorporación al derecho interno orientaciones apropiadas para limitar esas variaciones.

79. El Grupo de Trabajo convino en que se agregaran al párrafo h) palabras en el sentido de que la entidad adjudicadora debería indicar en el pliego de condiciones la frecuencia prevista para el concurso en la segunda etapa.

80. Se formuló la pregunta de si el requisito enunciado en el párrafo i) del artículo 51 *novies* de que en el acuerdo marco se especificaran las cantidades

adquiridas o las estimaciones de las adquisiciones permitiría a las entidades adjudicadoras celebrar acuerdos marco del tipo descrito en el artículo 22 *ter* 4) b). No se conocerían estimaciones o cantidades realistas cuando se tratara de una contratación futura de emergencia. Por consiguiente, se acordó trasladar al final del párrafo la frase "siempre que se conozcan en esta etapa de la contratación".

81. En la Guía para la incorporación al derecho interno se explicaría la flexibilidad de que gozaría la entidad adjudicadora en lo que respecta a las adquisiciones efectivamente realizadas en virtud del acuerdo marco (cuya cantidad, según se observó, podría diferir de las estimaciones). Se llegó también a la conclusión de que se obtendrían los resultados óptimos desde un punto de vista comercial cuando los proveedores pudieran conocer la cuantía probable de los pedidos que se cursarían a cada uno de ellos en virtud del acuerdo marco; por lo tanto, convendría que en la Guía se destacara la importancia de que, siempre que fuera posible, en esta etapa inicial se proporcionara información completa.

82. Se convino asimismo en revisar el texto para asegurar que la segunda etapa del concurso tuviera lugar sobre la base de la oferta más baja (y no solo sobre la base de la oferta valorada más baja). También se acordó que el Grupo de Trabajo estudiaría ulteriormente la terminología empleada.

Artículo [51 decies]. Primera etapa de un proceso de contratación en el que se recurra a acuerdos marco

83. Se convino en que la primera etapa de todos los procedimientos de acuerdos marco fuera llevada a cabo de acuerdo con las disposiciones del proyecto de artículo 51 *octies* en los que, a reserva de ulteriores modificaciones que el Grupo de Trabajo pudiera proponer introducir en los procedimientos para los acuerdos marco abiertos, se suprimirían las palabras "mediante acuerdos marco cerrados", en el párrafo 1), y se suprimiría también la totalidad del párrafo 2).

84. En lo que respecta al párrafo 3), se convino en que solo se notificara a las partes en el acuerdo marco su selección y que, por consiguiente, se suprimieran las palabras "y, en su caso, su clasificación". Se decidió además que en la Guía para la incorporación al derecho interno se abordaría la forma en que funcionaría en la práctica una evaluación competitiva en la primera etapa del concurso (para los acuerdos marco en que esa medida fuera necesaria). El Grupo de Trabajo convino en estudiar, en el contexto del proyecto de artículo 51 *undecies*, si esa medida sería necesaria o de hecho ventajosa en el caso de los acuerdos marco abiertos.

85. En cuanto al párrafo 4), el Grupo de Trabajo convino en que su enunciado actual fuera aplicable a los acuerdos marco cerrados y que, en el contexto del artículo 51 *undecies*, se estudiaría la formulación adecuada para los acuerdos marco abiertos.

86. Se confirmó que la primera etapa del procedimiento para acuerdos marco cerrados se llevaría a cabo como todo procedimiento ordinario de licitación (o mediante otro método de contratación que resultara apropiado), inclusive la evaluación competitiva de las licitaciones u otras ofertas de los proveedores. A este respecto se recordó que los métodos de contratación apropiados para la primera etapa de procedimientos de acuerdos marco cerrados serían abiertos, a menos que

fueran aplicables las condiciones de utilización para otro método de contratación. Se convino también en que no sería apropiado recurrir a procedimientos negociados.

87. Se convino asimismo en que el texto resultante del artículo 51 *decies* no sería aplicable a la primera etapa de la contratación en que hubiera acuerdos marco cerrados y que, en consecuencia, se suprimiría el texto propuesto de párrafo 2). Se dijo también que, en el párrafo 3) del artículo 51 *decies*, se agregaría una referencia a la evaluación competitiva de licitaciones en sustitución de las palabras suprimidas que hacían referencia a la "clasificación", y que en la Guía se explicaría el modo en que la evaluación competitiva funcionaría en la práctica.

88. En lo que respecta a los requisitos de publicación enunciados en el proyecto de párrafo 4), se acordó mantener sin cambios el texto propuesto en lo que se refería a los acuerdos marco cerrados. Se formuló la pregunta de si en el artículo 14 de la Ley Modelo debería constar también el requisito de divulgación de los nombres del proveedor o proveedores o contratista o contratistas seleccionados para ser parte o partes en el acuerdo marco. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de esta cuestión hasta un ulterior período de sesiones.

Artículo [51 undecies]. Disposiciones suplementarias relativas a la primera etapa de un proceso de adjudicación con arreglo a un acuerdo marco abierto

89. El Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si sería necesario o apropiado realizar una evaluación competitiva en el contexto de un acuerdo marco abierto. Se observó que se obtendría un mejor resultado si se evaluaran las licitaciones u otras ofertas de los proveedores con el fin de determinar si cumplían los requisitos mínimos (inclusive las especificaciones) de la contratación. Si cumplían efectivamente esos requisitos, y los proveedores quedaban calificados, estos serían seleccionados como partes en el acuerdo (a reserva de eventuales limitaciones de capacidad; véase el párrafo 103 *infra*). Entonces, la competencia entre esos proveedores tendría lugar en la segunda etapa. Según se opinó, con esta formulación se evitarían las dificultades prácticas que plantearía la administración de acuerdos marco abiertos mientras tuviera lugar la evaluación competitiva durante la primera etapa. Tras deliberar, se acordó no regular la evaluación competitiva durante la primera fase, con la consiguiente revisión de las disposiciones.

90. Se convino asimismo en separar las disposiciones de la Ley Modelo que trataran de los acuerdos marco abiertos de las que regularan acuerdos marco cerrados.

91. Se convino asimismo en que las disposiciones de la Ley Modelo en que se regularan los procedimientos para los acuerdos marco abiertos se basarían en el funcionamiento electrónico de dichos procedimientos. No obstante, en la Guía para la incorporación al derecho interno se señalaría que los Estados promulgantes tal vez desearan recurrir a un procedimiento basado en documentos sobre papel (o a una combinación de procedimientos electrónicos y sobre papel). En la Guía se explicaría también qué disposiciones sería preciso enmendar para dar cabida en el texto a los sistemas con soporte de papel o a los sistemas combinados y se indicarían enunciados que fueran apropiados para tal fin.

92. Se observó que en la primera etapa de acuerdos marco abiertos se recurriría a un método de contratación abierto, se evaluarían las calificaciones de los proveedores y se examinarían sus licitaciones u otras ofertas en función de los

requisitos, inclusive las especificaciones, del procedimiento de contratación. Siempre que las licitaciones u otras ofertas se atuvieran a esos requisitos, los proveedores pasarían a ser partes en el acuerdo marco.

93. Una delegación preguntó si los acuerdos marco abiertos deberían estar sujetos a un límite temporal máximo establecido por ley, tal como se requería en las Directivas de la Unión Europea para los sistemas dinámicos de adquisición. Se hizo hincapié en las ventajas de la flexibilidad en lo que respecta a la duración de acuerdos marco abiertos de amplio alcance, así como en los costos que entraña la sustanciación de nuevos procedimientos.

94. Tras examinar la conveniencia de permitir la renovación periódica de una competencia plena y abierta, así como la necesidad de reevaluar periódicamente las calificaciones de los proveedores y la conformidad de sus ofertas, y de determinar si los acuerdos marco seguían reflejando las condiciones reinantes en el mercado, se convino en que, al concertarse acuerdos marco abiertos, se definiera un determinado período de duración. Además, se argumentó que tal vez los proveedores tendrían reservas a la hora de participar en un acuerdo de duración ilimitada.

95. Sin embargo, se observó que, dado el carácter abierto de los acuerdos, no existía la necesidad de limitar su duración, a diferencia de lo que ocurría con los acuerdos marco cerrados. Así pues, en la disposición equivalente al párrafo 3) del artículo 22 *ter*, aplicable a los procedimientos de acuerdos marco abiertos, se dispondría que "todo acuerdo marco abierto que se concierte deberá tener una determinada duración", sin especificar otras limitaciones. Se decidió además que en la Guía para la incorporación al derecho interno se analizaran las consideraciones relativas a la duración conveniente de los acuerdos marco abiertos, entre ellas los riesgos que entrañarían eventuales pedidos de excesiva envergadura y el aumento del riesgo de que se cometieran abusos al adjudicarse sistemáticamente los contratos a los mismos vendedores, así como la falta de transparencia inherente a los acuerdos de mayor duración. Se observó que en la orientación dada en la Guía se abordaría también la capacidad de la entidad adjudicadora para poner fin al acuerdo en virtud de lo estipulado en él (por ejemplo, si las condiciones del mercado registraran cambios de gran relevancia).

96. Se estudió el nivel adecuado de flexibilidad que convendría prever en lo que respecta a las especificaciones para la contratación en el caso de los acuerdos marco abiertos. Se puso de relieve que, en su forma actual, las disposiciones no permitían enmendar las cláusulas y condiciones del acuerdo marco, pero que en los apartados a) y d) del párrafo 2) del artículo 22 *ter* se preveía la posibilidad de introducir modificaciones de carácter limitado y que no fueran de fondo en los contratos adjudicables en virtud del acuerdo marco.

97. Se observó que cuanto más larga fuera la duración del acuerdo marco, mayor grado de flexibilidad se requeriría, especialmente si las reglamentaciones aplicables acerca de los requisitos ecológicos o sobre desarrollo sostenible pudieran ser objeto de enmiendas durante el período de validez del acuerdo. Se subrayó además que se requeriría cierto margen de flexibilidad para garantizar el buen funcionamiento de los acuerdos abiertos, en particular, a diferencia de acuerdos marco cerrados para los que resulta más apropiado el régimen más estricto.

98. Se respondió que la flexibilidad y la consiguiente facultad discrecional para enmendar las especificaciones en ambas etapas del procedimiento podrían hacer aumentar el riesgo de que se cometieran abusos, y que sería necesario prever controles para paliar ese riesgo. Se sostuvo que algunos Estados promulgantes en los que existía un mayor riesgo de corrupción estarían dispuestos a adoptar la Ley Modelo con sus requisitos de transparencia, como instrumento complementario en la lucha contra la corrupción, por lo que se exhortó al Grupo de Trabajo a que actuara con cautela al decidir su enfoque de la cuestión.

99. Según la opinión predominante, no se introducirían cambios en el texto propuesto para la Ley Modelo, pero las ventajas y los riesgos de la flexibilidad podrían analizarse en detalle en la Guía (en la parte que tratara de los apartados a) y d) del párrafo 2) del artículo 22 *ter*).

100. Se recordó que anteriormente el Grupo de Trabajo había convenido en no insertar en la Ley Modelo ninguna disposición sobre las listas de proveedores, habida cuenta de que se habían observado abusos en la aplicación de tales disposiciones. Se puso de relieve que una de las principales diferencias entre los acuerdos marco y las listas de proveedores radicaba en que los acuerdos marco contenían especificaciones lo suficientemente detalladas, de modo que no se requerían especificaciones suplementarias para sustanciar la contratación. En cambio, en las listas de proveedores no figuraban especificaciones de tal nivel. Así pues, se advirtió al Grupo de Trabajo que era preciso que las disposiciones relativas a las especificaciones para acuerdos marco abiertos fueran lo suficientemente concretas para garantizar que el resultado fuera efectivamente un acuerdo marco, y no una lista de proveedores. Se convino en que en la Guía se abordaran las diferencias entre estos dos tipos de recurso y las consecuencias que entrañaban.

101. Se convino en que la Guía para la incorporación al derecho interno tratara de los límites a los que habría de ajustarse toda enmienda permisible en las especificaciones de un contrato adjudicable emitidas con arreglo a lo estipulado en un acuerdo marco, hablando, por ejemplo, de que:

a) Toda enmienda de las especificaciones, que con arreglo a los apartados a) y d) del párrafo 2) del artículo 22 *ter* habrá de ceñirse a cuestiones de detalle y que no sean de fondo, deberá ser anunciada por adelantado, preferiblemente en el pliego de condiciones y mencionándose su posible alcance;

b) Deberá dejarse constancia en el expediente de las razones para dicha enmienda;

c) Deberá analizarse el significado del término “enmienda de fondo”. Toda enmienda que convierta una licitación u otra oferta de un proveedor, que sea parte en un acuerdo marco, en oferta no idónea, o que convierta una oferta no idónea en oferta idónea sería considerada como enmienda de fondo, así como toda enmienda que altere la calificación de un proveedor en lo concerniente a su aptitud;

d) Toda enmienda que suscite reparos en lo referente a la competitividad, a la transparencia o a la integridad del procedimiento sería tenida asimismo por una enmienda de fondo.

102. En cuanto al apartado a) del párrafo 2), se convino en que procedía que se volviera a publicar la solicitud inicial y el aviso de la adjudicación con la mayor regularidad posible, según como evolucione la contratación en curso, pero al menos

una vez al año, conviniéndose en que se señalara un mínimo al respecto en el reglamento de la contratación pública. Se convino también en que esa nueva publicación se hiciera, conforme a lo previsto en el artículo 51 *novies*, en el mismo lugar en que se hubiera publicado la solicitud inicial. Además, dado que los textos normativos serían aplicables a supuestos en los que se recurriera a procedimientos electrónicos, debería indicarse, al hacerse la nueva publicación, el sitio de Internet donde cabría consultar los datos indicados en el apartado g) del artículo 51 *novies*, dándose a conocer también en dicho sitio la identidad de toda nueva parte que se adhiera al acuerdo. La Guía para la incorporación al derecho interno abordaría las cuestiones indicadas en la nota 29 de pie de página del documento A/CN.9/WG.I/WP.62. Se insistió en que la entidad adjudicadora debería hacerse responsable de que esa publicación se llevara a cabo.

103. En cuanto al párrafo 5), se convino en suprimir el texto entre corchetes. Debería explicarse en la Guía para la incorporación al derecho interno que solo cabría limitar el número de partes en un acuerdo marco por razones técnicas o de capacidad, debiéndose consignar en el expediente de la contratación las razones para todo límite que fuera impuesto (pero sin tenerse que indicar por adelantado el alcance de los límites eventualmente impuestos).

104. Se convino en que el párrafo 7) no era necesario habida cuenta de lo decidido por el Grupo de Trabajo en lo que respecta al alcance de la primera etapa de un concurso de adjudicación efectuado con arreglo a un acuerdo marco abierto, por lo que sería suprimido.

Artículo [51 duodecies]. Segunda etapa de la contratación con arreglo a un acuerdo marco cerrado que no prevea competencia en la segunda etapa

105. Se decidió que el párrafo 4) y la primera oración del párrafo 5) del artículo 51 *duodecies* entraban en detalles innecesarios, por lo que deberían suprimirse, y se decidió asimismo suprimir la palabra “demás” en la segunda frase del párrafo 5).

Artículo [51 terdecies]. Segunda etapa de la contratación con arreglo a un acuerdo marco cerrado que prevea competencia en la segunda etapa

106. A raíz de las supresiones anteriormente indicadas, se convino en fusionar los textos de los artículos 51 *duodecies* y 51 *terdecies*. En cuanto al párrafo 4) del artículo 51 *terdecies*, se convino en suprimir el texto entre corchetes; en relación con su párrafo 5), se convino en insertar el artículo “los” antes de “proveedores o contratistas”; en cuanto a los apartados b) y c) de su párrafo 6), se acordó suprimir los textos entre corchetes y fusionar el texto de esos dos apartados; se convino en que, en el apartado d) del párrafo 6), se hiciera referencia a la ponderación relativa de los criterios de selección; y se acordó suprimir el párrafo 8).

107. Se convino también en revisar el texto del párrafo 9) para explicitar la admisibilidad de la subasta electrónica inversa en un procedimiento de contratación entablado con arreglo a un acuerdo marco.

Artículo [51 quaterdecies]. Segunda etapa de la contratación con arreglo a un acuerdo marco abierto

108. Se convino en ajustar el texto de este artículo al del artículo 51 *terdecies* en lo relativo a la segunda etapa de la contratación, por lo que sus textos serían idénticos si se exceptuaba el párrafo 2) que se insertó en el artículo 51 *terdecies*. Se insistió en la necesidad de velar por la coherencia entre los términos que se utilizaran en los diversos idiomas.

Artículo [51 quindecies]. Adjudicación de un contrato con arreglo a un acuerdo marco

109. Se observó que tal vez se habría de retocar este artículo a fin de armonizarlo con lo que el Grupo de Trabajo decidiera, en su momento, acerca de la entrada en vigor del contrato adjudicado con arreglo a los artículos 13 y 36.

4. Otras cuestiones suscitadas por el empleo de acuerdos marco

110. Se convino en que se utilizara el término "oferta de la segunda etapa" para referirse a toda oferta presentada en la segunda etapa de un proceso de adjudicación entablado con arreglo a un acuerdo marco.

C. Texto propuesto para tratar en la Guía para la incorporación al derecho interno las disposiciones aplicables a la utilización de un acuerdo marco en la contratación pública conforme a la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.63)

111. Recordando su decisión anterior de agrupar en un único documento las orientaciones destinadas al personal de los órganos legislativos y reguladores, el Grupo de Trabajo estudió la conveniencia de dar una mayor orientación al personal que intervenga en la contratación pública (dado que dicha orientación debería ser de carácter práctico y ajena a toda consideración normativa).

112. El Grupo de Trabajo aprobó a grandes rasgos el alcance y el grado de pormenorización del texto de la Guía, pero hizo las siguientes sugerencias sobre dicho texto:

a) Introducir, en el párrafo 5, algún otro concepto, que no fuera el de "acuerdo marco", por el que se hiciera referencia a otros procedimientos análogos;

b) El párrafo 7 debería hablar de gastos administrativos inferiores en vez de hablar de gastos inferiores en las operaciones y debería insistir en la economía en gastos generales que se conseguiría recurriendo a procedimientos abiertos a la competencia en la segunda etapa;

c) Sustituir, en la segunda frase del párrafo 9, en la versión inglesa, la palabra "because" por "where";

d) Comenzar el texto del párrafo 10 haciendo una advertencia de que si no se adoptan las precauciones adecuadas para garantizar la competitividad y la transparencia, cabe prever que se produzcan los resultados descritos en dicho párrafo;

e) Insertar en el párrafo 20 una referencia a las ventajas comerciales de los acuerdos marco que sean vinculantes para las dos partes;

f) Agregar que la limitación de la duración de un acuerdo marco abierto se justificaría también por el hecho de que las calificaciones de un proveedor podrían cambiar durante la vigencia del acuerdo;

g) Deslindar mejor en el párrafo 23 las descripciones que se dan acerca del alcance eventual de las condiciones de un contrato adjudicable que serían definidas en la primera etapa de un procedimiento entablado con arreglo a un acuerdo marco;

h) Precisar que la referencia que se hace en el párrafo 29 a la obligación de dejar constancia, en el expediente del proceso de adjudicación, de la elección de recurrir a un procedimiento basado en un acuerdo marco no obliga a la entidad adjudicadora a justificar su decisión, y velar por que dicha consideración también sea tenida en cuenta en el texto del párrafo 2) del artículo 51 *octies* de la Ley Modelo;

i) Sustituir, en el párrafo 30, la mención que se hace de "artículos de bajo costo" por "artículos normalizados de uso corriente" y, en los ejemplos que se dan, hacer referencia a bienes en lugar de servicios.

D. Debate sobre la finalización y la adopción de la Ley Modelo y de la Guía revisadas

113. El Grupo de Trabajo, recordando que la Comisión, en su 41º período de sesiones, lo había animado a agilizar su labor con miras a concluir su proyecto de reforma, de modo que la Ley Modelo revisada y su correspondiente Guía pudieran finalizarse y adoptarse en un plazo razonable (véase A/63/17, párr. 307), convino en dar prioridad absoluta a la finalización de su labor sobre el texto de la Ley Modelo. Así pues, el Grupo de Trabajo convino en que le fuera presentada una versión completa del texto revisado de la Ley Modelo a fin de que pudiera examinarla en su 15º período de sesiones, que se celebrará del 9 al 13 de febrero de 2009 en Nueva York. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que su objetivo sería presentar ese texto, con las revisiones que el Grupo de Trabajo introdujera durante las deliberaciones de su 15º período de sesiones, a la Comisión para que lo examinara en su 42º período de sesiones.

114. El Grupo de Trabajo, a fin de garantizar que las revisiones propuestas en su 15º período de sesiones pudieran examinarse con la mayor eficiencia y celeridad posibles, convino en que, en cuanto estuviera disponible, se expondría, en el sitio de la CNUDMI en Internet, una versión oficiosa del texto en su idioma original, a fin de que los delegados y observadores pudieran utilizarla como base para las consultas previas al 15º período de sesiones. Por último, y habida cuenta de que en las revisiones se tratarían cuestiones sobre las que el Grupo de Trabajo ya había mantenido deliberaciones sustanciales hasta la fecha y también otras cuestiones que aún no se habían abordado en detalle, se pidió a la Secretaría que se indicaran de forma visible y destacada las últimas revisiones para conocimiento de quienes participaran en las consultas.

115. Se explicó al Grupo de Trabajo el modo en que funcionaría el proceso de revisión y consulta antes de que el texto revisado definitivo de la Ley Modelo fuera presentado a la Comisión. A este respecto se señaló que la segunda prioridad del Grupo de Trabajo sería la redacción de las revisiones de la Guía en beneficio de los legisladores y que, en la medida de lo posible, la Secretaría prepararía un borrador con dichas revisiones que sirviera de ayuda para los participantes que asistieran al período de sesiones de la Comisión a la hora de examinar el texto revisado de la Ley Modelo. Asimismo, si había tiempo suficiente, la Comisión podría examinar también el documento de trabajo sobre la Guía destinado a los legisladores.

E. Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: conflictos de interés (A/CN.9/WG.I/WP.64, párrs. 10 a 33)

116. En lo que respecta a los conflictos de interés, el Grupo de Trabajo examinó la información expuesta en la sección III del documento A/CN.9/WG.I/WP.64 referente al modo en que esta cuestión se trataba en los diversos ordenamientos. Se procedió a un intercambio de información sobre varias jurisdicciones. Habida cuenta del requisito enunciado en la Convención de las Naciones contra la Corrupción de que en los sistemas de contratación pública se regule esta cuestión, así como la de las diferencias entre las normas y tradiciones jurídicas entre los Estados, el Grupo de Trabajo convino en que se insertaran en el propio texto de la Ley Modelo disposiciones en que se enunciaran los principios pertinentes. Se convino asimismo en que en la Guía se dieran explicaciones sobre las consideraciones normativas al respecto, basándose para ello en la experiencia y en los ejemplos analizados en el presente período de sesiones. Los principios se harían constar en tres secciones de la Ley Modelo: en primer lugar, sobre la base de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, como requisito, en el artículo 4 del texto, de que en las reglamentaciones de la contratación pública se regulen los conflictos de interés; en segundo lugar, previendo, en el artículo 15, las consecuencias de un proceso de contratación llevado a cabo bajo la influencia de un conflicto de interés o de un contrato adjudicado en esas mismas condiciones; y, en tercer lugar, regulando la cuestión del recurso de reconsideración en el artículo 54. Se convino en que estas propuestas fueran analizadas durante el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo.

B. 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 acerca del empleo de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública y sobre la publicación de información relativa a la contratación pública, así como acerca de las subastas electrónicas inversas y de las ofertas anormalmente bajas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 14º período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.61) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Proyectos de disposición relativos a la publicación de información referente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.58, párrs. 3 y 4)	3-7
III.	Proyectos de disposición sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el marco de la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.58, párrs. 5 y 6)	8-14
	A. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al artículo [5 *bis*]: Comunicaciones en la contratación pública	8-12
	B. Apertura de las ofertas (A/CN.9/WG.I/WP.58, parrs. 9 y 10)	13-14
IV.	Proyectos de disposición sobre las ofertas anormalmente bajas: texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al proyecto de artículo 12 *bis*	15
V.	Proyectos de disposición encaminados a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública de conformidad con la Ley Modelo	16-18
	A. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno referente al proyecto de artículo 22 *bis* (Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa) (A/CN.9/WG.I/WP.59, parr. 3)	16
	B. Procedimientos aplicables en las etapas de preparación y sustanciación de una subasta: proyectos de artículo 51 *bis* a *septies* (A/CN.9/WG.I/WP.59, parr. 5)	17-18

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor actual 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) figuran en los párrafos 12 a 85 del documento A/CN.9/WG.I/WP.60, que el Grupo de Trabajo tiene a disposición en su 14º período de sesiones. El principal objetivo del Grupo de Trabajo es actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de dar cabida en ella a las novedades recientes, incluida la utilización de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública.

2. La presente nota se ha preparado con objeto de dar cuenta del examen hecho por el Grupo de Trabajo de los proyectos de disposición, así como del texto complementario de la Guía para la incorporación al derecho interno, en lo relativo a la publicación de información referente a la contratación pública, la utilización de comunicaciones electrónicas en la contratación pública, las subastas electrónicas inversas y la forma de evitar las ofertas anormalmente bajas. En el 13º período de sesiones se propusieron varios cambios de redacción, que se han consignado a continuación con miras a facilitar la labor de continuación del examen de esas disposiciones por parte del Grupo de Trabajo en un futuro período de sesiones[1].

II. Proyectos de disposición relativos a la publicación de información referente a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.58, párrs. 3 y 4)[2]

3. El Grupo de Trabajo examinó, en su 13º período de sesiones, la propuesta de proyecto de artículo titulado "Artículo 5. Publicidad de textos jurídicos e información sobre contratos próximamente adjudicables", cuyo párrafo 3 decía lo siguiente:

> "3) Las entidades adjudicadoras podrán publicar de vez en cuando información sobre <u>los contratos próximamente adjudicables</u>. Tal publicación no constituirá una convocatoria y no obligará a ninguna entidad adjudicadora a publicar solicitudes de ofertas para los contratos que se hubieren dado a conocer." (subrayado añadido)

---

[1] A/CN.9/648, párr. 15. El Grupo de Trabajo examinó los documentos A/CN.9/WG.I/WP.58 y A/CN.9/WG.I/WP.59. Por razones de espacio no se mencionaron en detalle las observaciones del Grupo de Trabajo en su informe, por lo que se reproducen en la presente nota con el fin de prestar asistencia al Grupo de Trabajo cuando reexamine los textos normativos propuestos. Por consiguiente, en los títulos de las secciones del presente documento se indican las referencias para ayudar al Grupo de Trabajo a localizar los textos normativos pertinentes. En los casos en que en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.58 y A/CN.9/WG.I/WP.59 no se hicieron observaciones sobre los textos normativos, se han omitido las secciones pertinentes, pero el Grupo de Trabajo tal vez desee examinarlas cuando, en su momento, vuelva a estudiar dichos documentos.

[2] En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que las sugerencias formuladas eran de carácter preliminar y que probablemente en un futuro período de sesiones se presentarían nuevas propuestas.

4. La cuestión que analizó el Grupo de Trabajo fue la de la amplitud que se pretendía dar al alcance de los "contratos próximamente adjudicables" que se mencionaban. Se señaló que ni en el texto ni en la Guía para la incorporación al derecho interno figuraba una definición de los "contratos próximamente adjudicables".

5. Se recordó asimismo que el propósito de la disposición era facilitar la competencia dando a conocer a los proveedores las posibilidades de contratación pública a corto y a mediano plazo, así como contribuir a imponer a las entidades adjudicadoras disciplina en su planificación (objetivos que ya venían explicados en el resto del texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que se refería al artículo 5 propuesto y que se enunciaba en el párrafo 4 del documento A/CN.9/WG.I/WP.58).

6. Se sugirió que se secundara el logro de estos objetivos mediante la inclusión de una referencia a los planes de contratación pública como complemento de la "información sobre contratos próximamente adjudicables", y que tal referencia no se insertara en el texto de la Ley Modelo sino en el de la Guía para la incorporación al derecho interno. Actualmente se hace hincapié en el carácter facultativo y no vinculante de esa publicación, de modo que las disposiciones alentarían pero no exigirían tal publicación y, en consecuencia, cualquier publicación de esa índole no constituiría una forma de convocatoria, y también se señala que los proveedores no tendrían ninguna vía de recurso en caso de que la información resultara inexacta o de que fuera modificada. De este modo, las entidades adjudicadoras no correrían ningún riesgo al publicar planes de contratación pública, que representarían un factor importante para la divulgación y el conocimiento de esa información, lo cual constituía una de las finalidades de la disposición.

7. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la sección revisada del párrafo 6 del texto propuesto de la Guía, con el que se pretende aclarar los objetivos antes descritos de la disposición y que dice lo siguiente:

> "6. En el párrafo 3) del artículo se permite la publicación de información sobre las oportunidades de contratos próximamente adjudicables y sobre los planes de contratación pública. Los legisladores tal vez estimen apropiado poner de relieve las ventajas que entraña la publicación de tal información, así como el hecho de que las entidades adjudicadoras no quedan vinculadas por ella. En particular, con la publicación de esa información las entidades adjudicadoras pueden planificar con mayor disciplina su contratación pública, con lo cual pueden disminuir los casos de adjudicación "especial" y "de emergencia" y, en consecuencia, los de empleo de métodos menos competitivos de contratación pública. Asimismo, puede aumentar la competencia al permitirse que un mayor número de proveedores tenga conocimiento de las oportunidades existentes de contratación pública, evalúe su interés en participar y, en consecuencia, planifique su participación con suficiente antelación. La publicación de esa información también puede tener efectos positivos sobre el contexto más amplio de la buena administración de los asuntos públicos, en particular al someter la contratación pública a un examen público general y al permitir que la comunidad local participe en ella. ..."

III. Proyectos de disposición sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en el marco de la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.58, párrs. 5 y 6)[3]

A. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al artículo [5 *bis*]: Comunicaciones en la contratación pública

8. En su 13º período de sesiones, al examinar el proyecto de artículo 5 *bis* (Comunicaciones en la contratación pública), el Grupo de Trabajo puso de relieve la importancia de que se permitiera, en la contratación pública, la utilización de más de un medio de comunicación.

9. No obstante, se expresó la duda acerca de si una total flexibilidad a este respecto podría entrañar que la información consignada en el pliego de condiciones dejara de tener importancia. Por ejemplo, en el pliego de condiciones cabría permitir que se recurriera a todos los medios de comunicación posibles en cualquier etapa del proceso, a fin de evitar dificultades si se cambiaba de medio durante dicho proceso. Se observó además que nada indicaba que por razones de eficiencia debiera emplearse un único medio de comunicación o el menor número posible de medios, por lo que se sugirió que se puntualizara esta cuestión en el texto.

10. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las propuestas sobre el párrafo 5 del proyecto de Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al artículo 5 *bis* y cuyo texto es el siguiente:

> "5) A fin de garantizar la previsibilidad y un examen, un control y una auditoría adecuados, en el párrafo 3) del artículo se exige a la entidad adjudicadora que, al solicitar por primera vez la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación, especifique todo requisito de forma, así como los medios que se utilizarán para comunicar información en un determinado proceso de contratación. La entidad adjudicadora debe dejar claro si pueden utilizarse una o varias formas y uno o varios medios para comunicar información y, en caso de que se pudieran utilizar varios, qué forma y qué medio debe emplearse en cada etapa del proceso de contratación y respecto de qué tipos o clases de información o medidas. Por ejemplo, pueden estar justificadas algunas disposiciones especiales para presentar dibujos técnicos complejos o muestras, o para efectuar copias de seguridad adecuadas cuando exista el riesgo de que se pierdan los datos si se presentan únicamente en una sola forma o por un solo medio. Al principio del proceso de contratación, la entidad adjudicadora puede prever que, durante un determinado proceso de adjudicación, podrá introducir modificaciones en los requisitos de forma o los medios de comunicación. Esa opción podría estar justificada, por ejemplo, en las contrataciones públicas de larga duración, como las que implican acuerdos marco en virtud del artículo [...] de la presente Ley. En ese caso, se exigirá a la entidad adjudicadora, además de reservarse

[3] En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo señaló que las sugerencias formuladas eran de carácter preliminar y que probablemente en un futuro período de sesiones se presentarían nuevas propuestas.

esa posibilidad cuando solicite por primera vez la participación de los proveedores o contratistas en el procedimiento de adjudicación, que garantice el respeto de las salvaguardias enunciadas en [el párrafo 4) del artículo 5 *bis*] cuando escoja cualquier forma o medio de comunicación nuevos, y que la modificación se notifique a todos los interesados con prontitud. No obstante, la utilización de varios medios de comunicación o el hecho de comunicar que durante el proceso podrá cambiarse libremente de medios tendrán repercusiones tanto en la eficiencia del procedimiento de adjudicación como en la validez de la información relativa a los medios de comunicación. Por consiguiente, las entidades adjudicadoras deberían prever únicamente los medios de comunicación y las modificaciones de los mismos que resultaran justificables y que de antemano se consideraran apropiados para el proceso de que se trate."

11. Por último, dado que el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia a las comunicaciones en la contratación pública no trata de alentar la utilización de las comunicaciones electrónicas, en gran parte debido a la necesidad de determinar si sería apropiado permitir que la entidad adjudicadora insistiera en que los distintos Estados promulgantes emplearan determinados medios, se estimó que sería útil formular, en una introducción general a la contratación pública por medios electrónicos en la Ley Modelo, observaciones acerca de las ventajas de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública y de las salvaguardias que deben preverse.

12. A este respecto, el Grupo de Trabajo recordará que ha convenido en insertar tal introducción general en la sección de la Guía que precede a las observaciones sobre cada uno de los artículos, con objeto de analizar los beneficios que puede aportar y los problemas que puede plantear la contratación pública por medios electrónicos (inclusive la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública), la interacción entre la contratación pública por vía electrónica y la legislación en materia de comercio electrónico, y el criterio general de la Ley Modelo revisada en lo referente a la regulación de la contratación pública por medios electrónicos[4]. El Grupo de Trabajo, a fin de explicar conceptos que se analizarán en detalle en las observaciones artículo por artículo (con las remisiones del caso), tal vez desee incluir en el texto de orientación pertinente los siguientes elementos:

a) Un examen del "criterio del equivalente funcional", que permite redactar cualquier escrito o documento, proceder a una firma o a una reunión mediante una comunicación electrónica;

b) Un análisis de las repercusiones que puede tener el hecho de que exista un reconocimiento jurídico en la legislación sobre comercio electrónico, pero no en la propia Ley Modelo;

c) Un estudio sobre las salvaguardias que es necesario adoptar al prever comunicaciones electrónicas, por ejemplo, que la elección del medio de comunicación por la entidad adjudicadora esté sujeta a disposiciones que prohíban la discriminación, que tal elección deba hacerse constar en el pliego de condiciones,

[4] A/CN.9/595, párrs. 18 a 22, A/CN.9/WG.I/WP.42, párr. 13, A/CN.9/WG.I/WP.42/Add.1, párr. 2, y A/CN.9/WG.I/WP.54, párr. 25.

y que se exijan medidas para garantizar la autenticidad, la integridad y la confidencialidad;

d) Un examen del modo en que pueden obtenerse los beneficios de la contratación pública por vía electrónica, que son, entre otros, la eficiencia administrativa durante el proceso de contratación pública y el aumento de la transparencia y de la capacidad de supervisión del proceso. A este respecto, cabría observar en el texto de orientación pertinente que las condiciones óptimas para lograr esto último se dan cuando los sistemas de contratación, rendición de cuentas y supervisión están integrados y cuando se incluyen todas las etapas de la contratación, desde la planificación hasta la administración de los contratos;

e) El hecho de que los beneficios de la eficacia administrativa tal vez no puedan obtenerse de igual manera en todos los procedimientos de contratación; se considera en general que esos beneficios se logran especialmente en las contrataciones simples y que tienen una menor incidencia en los procedimientos complejos.

B. Apertura de las ofertas (A/CN.9/WG.I/WP.58, párrs. 9 y 10)

13. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó el texto que se proponía insertar en la parte de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al párrafo 2) del proyecto del artículo 33 (Apertura de ofertas), el cual se centraba en los requisitos para que los participantes en una convocatoria virtual de ofertas pudieran seguir el procedimiento "plena y oportunamente", como se explicaba en el párrafo 2 del proyecto. Se opinó que el texto actual era demasiado largo y que sería ventajoso analizar por separado la expresión "plena y oportunamente" y la forma de abordar las irregularidades que surgían en una subasta. En consecuencia, el párrafo propuesto se ha dividido en tres partes y se ha revisado del modo siguiente:

"2. El párrafo 2) enuncia la regla de que la entidad adjudicadora debe permitir que todo proveedor o contratista que haya presentado una oferta, o su representante, asistan al acto de apertura de las ofertas. Esa asistencia puede ser en persona o por medios que satisfagan lo prescrito en el artículo 5 *bis* de la Ley Modelo (véase el examen de los requisitos pertinentes en los párrafos [...] de la presente Guía)[5]. En la segunda frase del párrafo 2) del artículo 33 se complementan esas disposiciones del [párrafo 4) del artículo 5 *bis*] aclarando que, en el contexto de la apertura de ofertas, se entenderá que se ha permitido a los proveedores o contratistas asistir a la apertura de las ofertas si se les ha dado la oportunidad de mantenerse plena y oportunamente informados de

[5] En el [apartado d) del párrafo 3) del artículo 5 *bis*] se exige que la entidad adjudicadora, al solicitar por primera vez la participación de proveedores o contratistas en el procedimiento de adjudicación, especifique los medios que se habrán de utilizar para celebrar las reuniones de proveedores o contratistas. De acuerdo con el [párrafo 4) del artículo 5 *bis*], esos medios deberán poder utilizarse fácilmente junto con los que habitualmente emplean los proveedores o contratistas en el contexto de que se trate y deberán garantizar que los proveedores o contratistas puedan participar plenamente y en tiempo real en la reunión. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si sería suficiente hacer una remisión a las mencionadas disposiciones o si habría que insertar su texto en la presente sección de la Guía, ya sea en el párrafo o como nota de pie de página.

dicha apertura. Esa disposición está en consonancia con lo establecido en otros instrumentos internacionales.

La expresión "plena y oportunamente" significa que se dé a los proveedores o contratistas la oportunidad de observar en tiempo real (escuchando o leyendo) exactamente la misma información comunicada durante la apertura. Esta oportunidad debe brindarse al mismo tiempo en que toda persona físicamente presente en la apertura de las ofertas seguiría u oiría la información pertinente, a reserva del tiempo requerido para cargarla informáticamente en el lugar en que deberá leerse. Esta información comprende los anuncios hechos de conformidad con el párrafo 3) del artículo 33.

Los proveedores deben también tener la posibilidad de intervenir cuando se produzca cualquier incorrección, en la medida en que estarían autorizados a hacerlo si estuvieran físicamente presentes. Por lo tanto, el sistema establecido debe poder recibir las respuestas de los proveedores y acusar recibo de ellas o actuar en consecuencia a la mayor brevedad. Pueden existir diversos métodos para cumplir el requisito de informar plenamente y en tiempo real a los proveedores por medio de sistemas de tecnología informática. Independientemente del método utilizado, debe comunicarse con mucha anticipación a los proveedores o contratistas información suficiente que les permita adoptar todas las medidas necesarias para conectarse al sistema y poder así seguir la apertura de las ofertas."

14. En lo que respecta a los riesgos que puede correr la integridad de las ofertas en caso de que estas sean abiertas de forma automatizada, en el 13º período de sesiones se observó que convendría reexaminar la última parte del párrafo 4 del texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al párrafo 2) del artículo 33. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el siguiente proyecto revisado:

"4. ... Deberían haberse adoptado medidas para impedir que quede en entredicho la integridad de las ofertas e impedir que estas se borren o que se destruya el sistema cuando este proceda a abrir las ofertas. El sistema debería también estar concebido de modo tal que permitiera seguir todas las operaciones realizadas durante la apertura de las ofertas, incluida la determinación de la identidad de la persona que abrió cada una de las ofertas y sus componentes, así como la fecha y hora en que lo hizo. También debe garantizar que la información abierta solo permanecerá accesible a las personas autorizadas a tener conocimiento de su contenido (como los miembros de un comité de evaluación o los auditores en etapas posteriores del procedimiento de adjudicación). Las reglamentaciones de la contratación pública y otras reglamentaciones que habrá de aprobar el Estado promulgante deberán abordar esas y otras cuestiones."

IV. Proyectos de disposición sobre las ofertas anormalmente bajas: texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia al proyecto de artículo 12 *bis*

15. En sus períodos de sesiones 11º y 12º, el Grupo de Trabajo examinó los proyectos de disposición de la Guía que se habían redactado en apoyo de la propuesta de artículo 12 *bis* (Rechazo de licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas anormalmente bajas)[6]. El texto revisado, al que se han incorporado las sugerencias formuladas, dice lo siguiente:

> "1) La finalidad del artículo es facultar a la entidad adjudicadora para rechazar toda licitación, propuesta, oferta, cotización o puja (denominadas en adelante "ofertas anormalmente bajas") a raíz de las cuales la entidad adjudicadora abrigue dudas sobre la capacidad del proveedor o contratista que haya presentado alguna de esas ofertas anormalmente bajas para cumplir el contrato, de serle adjudicado. El artículo es aplicable a cualquier procedimiento de contratación pública realizado en el marco de la Ley Modelo, inclusive los de subastas electrónicas inversas, en los que los riesgos de que se presenten ofertas pueden considerarse mayores que en otros procedimientos, particularmente cuando la técnica empleada sea nueva para el sistema pertinente.
>
> 2) El artículo no exige la aprobación de una autoridad administrativa superior para que la entidad adjudicadora adopte las medidas en él mencionadas, y tampoco obliga a la entidad adjudicadora a rechazar una oferta anormalmente baja.
>
> 3) El artículo prevé las salvaguardias necesarias, que tienen por objeto proteger los intereses legítimos de ambas partes (los de las entidades adjudicadoras y los de los proveedores y contratistas). Por un lado, permite a la entidad adjudicadora ocuparse de las posibles ofertas anormalmente bajas antes de concertar un contrato. Desde la perspectiva de la entidad adjudicadora, una oferta anormalmente baja entraña el riesgo de que el contrato no pueda cumplirse, o de que no pueda cumplirse al precio ofrecido, y de que se produzcan costos adicionales y demoras en el proyecto que den lugar a precios más altos y perturben el procedimiento de contratación pertinente. Es, pues, necesario que la entidad adjudicadora adopte medidas para evitar ese riesgo de incumplimiento.
>
> 4) Por otro lado, la entidad adjudicadora no puede rechazar automáticamente una oferta por el mero hecho de que el precio de esta parezca anormalmente bajo. Si se confiriera ese derecho a las entidades adjudicadoras, se daría pie a los abusos, ya que podrían rechazarse ofertas conceptuadas como anormalmente bajas sin justificación alguna o sobre la base de criterios puramente subjetivos. Ese riesgo es especialmente grave en la contratación pública internacional, donde un precio anormalmente bajo en un país puede ser perfectamente normal en otro. Además, algunos precios pueden parecer

[6] A/CN.9/623, párrs. 48, 53 y 55, y A/CN.9/640, párrs. 42, 48 y 49. El Grupo de Trabajo observó que las sugerencias formuladas en esos períodos de sesiones eran de carácter preliminar y que probablemente en un futuro período de sesiones se presentarían nuevas propuestas.

anormalmente bajos si son inferiores al costo; sin embargo, podría ser lícito vender existencias antiguas por un precio inferior al de su costo, o fijar precios inferiores a los costos para mantener ocupada la mano de obra, a reserva de las reglamentaciones aplicables en materia de competencia.

5) Por esas razones, el artículo protege a los proveedores y contratistas frente a la posibilidad de que las entidades adjudicadoras adopten decisiones arbitrarias o prácticas abusivas impidiendo que estas rechacen una oferta anormalmente baja salvo en el caso en que tengan verdaderas dudas sobre la capacidad del proveedor o contratista para cumplir el contrato, en caso de serle adjudicado, y exigiendo que tales dudas estén bien fundadas. Sin embargo, esas condiciones no prejuzgan la capacidad que tenga la entidad adjudicadora, en virtud de cualquier otro derecho aplicable, para rechazar una oferta anormalmente baja, por ejemplo, si se han seguido actos delictivos (como blanqueo de dinero) o si se han seguido prácticas ilegales (como el incumplimiento de la legislación en materia de salarios mínimos o seguridad social).

6) En consecuencia, los apartados a) a c) del párrafo 1) del artículo especifican las medidas que deberá adoptar la entidad adjudicadora antes de poder rechazar la oferta anormalmente baja, a fin de garantizar que se siga el procedimiento debido y que se respeten los derechos del proveedor o contratista interesado.

7) En primer lugar, deberá solicitarse por escrito una declaración al proveedor o contratista, con los detalles de los elementos constitutivos de la oferta presentada que la entidad adjudicadora considere pertinentes para la justificación del precio propuesto. Entre esos detalles podrían figurar los siguientes: los métodos y datos económicos del proceso de fabricación de los bienes o los métodos de construcción o de la prestación de los servicios pertinentes; las soluciones técnicas elegidas o las condiciones excepcionalmente favorables en que se encuentre el proveedor o contratista para realizar las obras o para suministrar los bienes y prestar los servicios; o la originalidad de las obras, los suministros o los servicios propuestos por el proveedor o contratista.

8) El Estado promulgante podrá decidir regular el tipo de información cuya presentación podrá solicitar la entidad adjudicadora a efectos de justificación del precio. En este contexto, conviene señalar que la evaluación se hará para saber si el precio es realista (basándose en los elementos constitutivos de la oferta, como los abordados en el párrafo anterior) y para ello se recurrirá a factores como las estimaciones anteriores a la oferta, los precios del mercado o los precios de contratos anteriores, si se dispone de ellos. Podría no ser adecuado solicitar información sobre los costos en que se han basado los proveedores o contratistas para determinar el precio en sí. Dado que la evaluación de los costos puede ser engorrosa y compleja, y como tampoco es posible realizarla en todos los casos, la capacidad de las entidades adjudicadoras para evaluar los precios sobre la base del costo puede ser limitada. En algunos ordenamientos, la ley puede prohibir a las entidades adjudicadoras solicitar información sobre la estructura de costos debido al riesgo de que esa información sea mal utilizada.

9) En segundo lugar, la entidad adjudicadora debería tener en cuenta la respuesta dada por el proveedor o contratista en la evaluación del precio. La negativa del proveedor a facilitar la información solicitada por la entidad adjudicadora no dará a esta un derecho automático a rechazar la oferta anormalmente baja.

10) En tercer lugar, y si, después del procedimiento de justificación del precio, la entidad adjudicadora sigue abrigando dudas acerca de la capacidad del proveedor o contratista para cumplir el contrato adjudicable, deberá hacer constar esas reservas y las razones en que se fundan en el expediente de contratación, de conformidad con el apartado c) del párrafo 1) del artículo. Esta disposición se ha incluido en el texto con el fin de asegurar que toda decisión de rechazo de una oferta anormalmente baja se adopte con criterios objetivos y que, antes de que se adopte tal medida, se registre debidamente toda la información relativa a esa decisión, en aras de la rendición de cuentas y de la transparencia y objetividad del proceso.

11) La entidad adjudicadora solo podrá rechazar la oferta anormalmente baja una vez que haya adoptado las medidas descritas en los apartados a) a c) del párrafo 1. La decisión sobre el rechazo de la oferta anormalmente baja deberá hacerse constar en el expediente del procedimiento de contratación y comunicarse sin demora al proveedor o contratista afectado, de conformidad con el párrafo 2) del artículo. [Si el Grupo de Trabajo decide que debería permitirse a los interesados apelar contra tal decisión, una cuestión que se resolverá cuando el Grupo de Trabajo examine el capítulo VI de la Ley Modelo, la referencia y el comentario pertinentes se insertarían aquí]

12) Los Estados promulgantes deberían ser conscientes de que, además de las medidas previstas en el presente artículo, cabe adoptar otras medidas con las que se pueden prevenir eficazmente los riesgos de incumplimiento que pudieran dimanar de ofertas anormalmente bajas. La evaluación exhaustiva de las calificaciones de los proveedores (de conformidad con los artículos 6 y 7 de la Ley Modelo) y la evaluación de sus licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas (de conformidad con el artículo 34 y su equivalente para los métodos de contratación sin licitación) pueden desempeñar una función particularmente importante en este contexto. Estas medidas dependen a su vez de que se formulen adecuadamente los requisitos de calificación y de que se redacten con precisión las especificaciones. Las entidades adjudicadoras deberían recibir instrucciones adecuadas al respecto y ser conscientes de la necesidad de reunir información exacta y amplia sobre las calificaciones de los proveedores o contratistas, inclusive sobre sus respectivos historiales, y de prestar la debida atención, en la evaluación, a todos los aspectos de las licitaciones, propuestas, ofertas, cotizaciones o pujas presentadas, y no únicamente al precio (sino también, por ejemplo, a los costos de mantenimiento y de sustitución, cuando proceda). Estas medidas pueden resultar de eficacia a la hora de determinar los riesgos de incumplimiento.

13) Otras medidas que cabría adoptar consistirían en: i) dar a conocer los efectos perjudiciales de las ofertas anormalmente bajas; ii) proporcionar capacitación, recursos suficientes e información a los funcionarios encargados de la contratación pública, concretamente sobre los precios de referencia o del mercado; y iii) prever tiempo suficiente para cada etapa del proceso de

contratación. A fin de eliminar todo aliciente que los proveedores y contratistas pudieran encontrar en la presentación de ofertas anormalmente bajas y de promover una actuación responsable por parte de estos en la presentación de sus ofertas, podría ser conveniente que las entidades adjudicadoras especificaran en el pliego de condiciones, o en otros documentos equivalentes, que las ofertas presentadas podrán rechazarse si son anormalmente bajas y si hacen dudar a la entidad adjudicadora sobre la capacidad del proveedor o contratista para ejecutar el contrato adjudicable."

V. Proyectos de disposición encaminados a permitir el empleo de la subasta electrónica inversa en la contratación pública de conformidad con la Ley Modelo

A. Texto de la Guía para la incorporación al derecho interno referente al proyecto de artículo 22 *bis* (Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa) (A/CN.9/WG.I/WP.59, párr. 3)

16. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo, al examinar el proyecto de artículo 22 *bis* (Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa), formuló algunas sugerencias preliminares para el texto de la Guía que habría de referirse a ese artículo. Según una observación adicional dirigida a la Secretaría, debería redactarse una introducción general a la utilización de las subastas electrónicas inversas que se insertara antes de las observaciones artículo por artículo. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el texto revisado de los comentarios introductorios y de las observaciones referentes al artículo 22 *bis*, que se exponen a continuación, y determinar si los comentarios introductorios y las observaciones deberían seguir figurando en el mismo lugar o si los comentarios deberían insertarse en otra parte de la Guía. El texto revisado es el siguiente:

"Artículo 22 *bis*: Condiciones para el empleo de la subasta electrónica inversa

1) Cabe definir la subasta electrónica inversa como una subasta dinámica realizada en tiempo real y por vía informática 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. Así pues, la subasta es un proceso repetitivo para seleccionar la oferta ganadora, que supone la utilización, por los proveedores, de comunicaciones electrónicas para presentar ya sea su nuevo precio inferior o su oferta revisada a la baja en función del precio y del valor ponderado de los demás criterios que se vayan a utilizar para determinar la oferta ganadora.

2) Esta clase de subastas se ha venido utilizando cada vez más desde que en 1994 se adoptó el texto de la Ley Modelo original (texto en que no se preveían tales subastas). Las tecnologías electrónicas han facilitado la utilización de la subasta inversa al reducir enormemente los gastos de las operaciones y al permitir que los proveedores ofertantes (los "concursantes")

mantuvieran anónima su identidad, ya que las subastas se realizaban virtualmente sin la presencia física de los concursantes.

3) Se ha observado que la subasta electrónica inversa puede tener muchas ventajas. En primer lugar, puede incrementar el valor obtenido por el mismo dinero (debido al aumento de la competencia entre los concursantes y a las sustanciales economías de gastos que pueden realizarse por medio de un comercio dinámico efectuado en tiempo real). 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 en comparación con los del procedimiento tradicional de licitación abierta).

4) En tercer lugar, la subasta electrónica inversa puede fomentar la transparencia en el proceso de contratación y contribuir a prevenir los abusos y la corrupción al garantizar que se disponga de información sobre otras ofertas y que el resultado del procedimiento sea visible para los participantes. La información sobre los resultados sucesivos de la evaluación de las ofertas en cada etapa de la subasta y sobre el resultado final de esta se da a conocer instantánea y simultáneamente a todos los concursantes. Toda oferta revisada que se presente da lugar a una clasificación o reclasificación[7] de los concursantes, que se efectúa mediante métodos automáticos de evaluación y una fórmula matemática. La Ley Modelo solo permite procesos de evaluación automática cuando pueda preservase el anonimato de los concursantes y el carácter confidencial y localizable del procedimiento. Así, esas subastas se caracterizan por un proceso de evaluación totalmente automatizado o con una intervención limitada de personas; este factor puede también de por sí desalentar las prácticas abusivas y la corrupción.

5) Por otra parte, la subasta electrónica inversa puede incitar a dar excesiva importancia al precio y la facilidad de su empleo puede dar lugar a que se utilice excesivamente o en casos inadecuados. Puede también tener efectos de competencia desleal a mediano y a largo plazo. En particular, este tipo de subasta es más vulnerable que otros métodos de contratación al empleo de ciertas prácticas de colusión entre concursantes, especialmente en proyectos en que participen pocos concursantes o en los que se convoque repetidas veces a subasta a un mismo grupo de concursantes*.

6) Sucede a menudo que la entidad adjudicadora encarga a un tercero, es decir, a una agencia proveedora de servicios, que organice y administre la subasta y la asesore sobre la estrategia que debe seguir. La entidad adjudicadora debe ser consciente de las posibles consecuencias negativas que entraña el hecho de encomendar las decisiones a entidades fuera del ámbito gubernamental, como a proveedores terceros de programas informáticos o prestadores de servicios, cuando tienen lugar subastas electrónicas inversas. Esas agencias pueden representar y tener acceso tanto a las entidades adjudicadoras como a los concursantes, lo cual puede dar lugar a conflictos de

[7] El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la sustitución de este término por un sinónimo.

* Existe colusión cuando dos o más concursantes se entienden entre sí para manipular el precio de una subasta, o para influir en él, manteniéndolo artificialmente alto, o cuando se reparten el mercado recurriendo a la táctica de no presentar ofertas o de presentar ofertas perdedoras. Sobre esta cuestión véase el examen más detallado que figura en los párrafos [...] de la presente Guía.

organización que pueden suponer una grave amenaza para la competencia leal entre los concursantes. Todos esos factores pueden a su vez mermar la confianza de los proveedores y contratistas en el procedimiento de contratación que se realice mediante una subasta electrónica inversa. Las entidades adjudicadoras pueden también verse obligadas a pagar gastos generales para la preparación de los proveedores y contratistas con el fin de facilitarles la presentación de ofertas mediante subastas electrónicas inversas. A consecuencia de ello, la entidad adjudicadora puede verse expuesta a gastos adicionales derivados del hecho de que se recurra a una subasta electrónica inversa (por ejemplo, los costos de oportunidad dimanantes del hecho de que algunos proveedores o contratistas decidan abandonar el proceso gubernamental si se les exige presentar ofertas tramitadas por el método de la subasta electrónica inversa) y a precios superiores a los que se habrían logrado de haberse empleado otras técnicas de contratación. Además, en el marco de una subasta electrónica, puede existir un alto riesgo de que los proveedores consigan tener acceso no autorizado a información delicada desde el punto de vista comercial sobre los concursantes concurrentes.

7) Reconociendo a la vez las ventajas y los riesgos eventuales de la subasta electrónica inversa, la Ley Modelo permite el recurso a dicha técnica a reserva de que se respeten las salvaguardias enunciadas en las condiciones exigidas para el empleo de la subasta electrónica, que figuran en el artículo [22 *bis*] y los requisitos de procedimiento indicados en los artículos [51 *bis* a *septies*] de la Ley Modelo. Los criterios que se exponen a continuación se consideran particularmente importantes para la realización satisfactoria de subastas electrónicas inversas; en el comentario artículo por artículo que figura más abajo se ofrece una mayor orientación acerca de esos criterios y de los diversos aspectos de las disposiciones de la Ley Modelo. Los criterios consisten en que:

a) Deben formularse condiciones y especificaciones claras, que deben darse a conocer a los proveedores al principio del proceso de contratación, junto con toda la información relativa al modo en que se llevará a cabo la subasta electrónica inversa;

b) La subasta electrónica inversa sea apropiada para los bienes y servicios comúnmente utilizados, para los que exista un mercado competitivo, aunque los Estados promulgantes deben asegurarse de que las entidades adjudicadoras conozcan las condiciones pertinentes para recurrir a tales subastas y las circunstancias en que este método resulte apropiado;

c) La subasta electrónica inversa sea adecuada en un procedimiento de contratación en el que el precio sea el factor determinante o un factor determinante destacado;

d) Es importante que participe en la subasta un número suficiente de concursantes a fin de garantizar la competencia;

e) Es importante salvaguardar el anonimato de los concursantes;

f) Es imprescindible que en la subasta se tengan en cuenta el criterio del precio y criterios objetivamente cuantificables no relacionados con el precio (como los plazos de entrega y las consideraciones técnicas), y que se

evite tomar en consideración elementos subjetivos al cuantificar dichos criterios, a fin de prevenir todo posible abuso;

g) La subasta electrónica inversa constituya una ronda única y final antes de seleccionar al concursante ganador, también con el objetivo de impedir los abusos;

h) El precio de la oferta ganadora deba figurar en el contrato adjudicado; e

i) Se especifiquen claramente y por adelantado, el momento de la apertura, así como los criterios que regirán el cierre de una subasta electrónica inversa.

8) De conformidad con la Ley Modelo, las subastas electrónicas inversas pueden sustanciarse como método de contratación en sí o como la etapa final que antecede a la adjudicación del contrato en otros métodos de contratación, según el caso y cuando proceda. Cabe la posibilidad de que el recurso a una subasta electrónica inversa, como etapa de algún otro método, no resulte apropiado respecto de todas las técnicas de contratación previstas en la Ley Modelo. El que dicha opción resulte apropiada dependerá en primer lugar de si se cumplen las condiciones para recurrir a una subasta electrónica inversa que se enuncian en el artículo [22 *bis*] de la Ley Modelo y las condiciones exigibles para el empleo y el método de adjudicación en el cual vaya a ser utilizada. Por ejemplo, el artículo 19 de la Ley Modelo autoriza a la entidad adjudicadora a recurrir a la adjudicación por el método de solicitud de propuestas cuando no resulte viable para la entidad adjudicadora formular especificaciones detalladas sobre el objeto del contrato adjudicable. Esta regla está en contradicción directa con la principal condición enunciada en el artículo [22 *bis* 1) a)], para el empleo de la subasta electrónica inversa, por lo que el recurso a dicha técnica en el marco de la solicitud de propuestas sería contrario a los requisitos establecidos en la Ley Modelo. Los requisitos de procedimiento de alguno de los métodos de adjudicación pueden ser también contrarios a los rasgos inherentes a la subasta electrónica inversa. Por ejemplo, el régimen propio de la licitación prohíbe toda negociación con los proveedores o contratistas, así como la presentación de ofertas tras la expiración del plazo señalado para tal fin, lo cual contradice el curso natural de una subasta electrónica inversa en la que los proveedores o contratistas van presentando sucesivamente ofertas más bajas[8].

[8] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las dudas acerca de si la presentación de ofertas revisadas no está en consonancia con el principio general en que se basan los procedimientos de licitación se plantean también, al menos en parte, en todos los métodos de adjudicación previstos en la Ley Modelo, a excepción de la contratación negociada. Para hacer frente al problema de los procedimientos de licitación, cabría enmendar el artículo 35 de la Ley Modelo modificándolo de forma similar al texto del artículo 34 1) a), tal como convino el Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/WG.I/WP.40/Add.1, párrs. 14 a 17, A/CN.9/590, párr. 101, y A/CN.9/WG.I/WP.43/Add.1, párr. 3). Así, cabría enmendar el texto del artículo 35 para que dijera lo siguiente: "La entidad adjudicadora no celebrará negociación alguna con ningún proveedor o contratista respecto de la oferta que haya presentado. Esta prohibición no afectará a la presentación de ofertas revisadas durante una subasta electrónica inversa llevada a cabo de conformidad con los artículos [22 *bis* y 51 *bis* y siguientes] de la presente Ley. El Grupo de Trabajo también podría plantearse la posibilidad de insertar en el texto una disposición en virtud

9) Será adecuado recurrir a subastas electrónicas inversas durante la segunda etapa competitiva en el caso de acuerdos marco. [remisión a las disposiciones sobre los acuerdos marco]

10) En el artículo [22 *bis*] se enuncian los requisitos para recurrir a una subasta electrónica inversa, que constituye uno de los principales métodos para asegurar que los criterios fundamentales antes expuestos se apliquen en la práctica. Estos criterios se basan en la idea de que la subasta electrónica inversa está ante todo concebida para satisfacer ciertas necesidades periódicas que puedan tener las entidades adjudicadoras de bienes sencillos, normalizados y de uso general (por ejemplo, artículos de oficina), como productos básicos, bienes de equipo informático normalizados y materiales básicos para la construcción. En los contratos de esta índole, el factor determinante es el precio o la cantidad; no se requiere ningún proceso complejo de evaluación; las repercusiones de los gastos de postventa suelen ser nulas (o limitadas); y no cabe prever ninguna ventaja adicional ni ningún servicio que pueda prestarse una vez concluido el contrato inicial. Normalmente, no debería recurrirse a subastas electrónicas inversas en los tipos de contratación que prevean múltiples variables o en que los factores cualitativos tengan preeminencia sobre el criterio del precio y las consideraciones cuantitativas.

11) La obligación de facilitar unas especificaciones detalladas y precisas enunciada en el apartado 1) a) impedirá el recurso a esta técnica para la adjudicación de la mayoría de los contratos de servicios o de obras, salvo que sean de carácter muy sencillo (por ejemplo, simples tareas de mantenimiento de la red viaria). Además, y con miras a que la subasta electrónica inversa cumpla correctamente su objetivo de lograr precios bajos pero realistas, es importante que los concursantes conozcan plenamente sus estructuras de costos, lo cual es improbable cuando hay varios niveles de subcontratistas, una situación común en los procedimientos más complejos de adjudicación de obras. También sería improcedente, por ejemplo, recurrir a una subasta para adjudicar contratos de obras o servicios que requieran alguna prestación intelectual, como pudiera ser alguna labor de diseño. En función de las circunstancias que se den en un determinado Estado promulgante y concretamente su grado de experiencia con la subasta electrónica inversa, un Estado promulgante puede decidir limitar el empleo de este tipo de subasta a la adjudicación de contratos para el suministro de bienes, excluyendo los contratos de obras y de servicios en el artículo.

12) En algunos países se llevan listas de las categorías de bienes, obras o servicios que sean adjudicables por medio de una subasta electrónica inversa. Conviene que el Estado promulgante tenga en cuenta lo engorroso que puede resultar en la práctica llevar una de esas listas, dado que deberá ser actualizada periódicamente a medida que aparezcan nuevos productos y otros artículos pertinentes. Si se desea llevar una lista, tal vez sea preferible elaborar una lista ilustrativa de los bienes que cabrá adjudicar por medio de la subasta electrónica inversa, o bien enunciar una lista de las características genéricas

---

de la cual se permitiera la presentación de ofertas revisadas en cualquier método de adjudicación empleando esta formulación u otra formulación similar.

determinantes para decidir si un artículo concreto se presta o no a la adquisición por medio de esta técnica de contratación.

13) Al formular especificaciones detalladas y precisas, la entidad adjudicadora deberá prestar particular atención a la objetividad de las características técnicas y cualitativas de los bienes, las obras o los servicios que sean objeto del contrato adjudicable, conforme lo exige el artículo 16 2) de la Ley Modelo, a fin de que los concursantes dispongan de una base común al ir a formular sus ofertas. Procede por ello utilizar una terminología común para definir los bienes, las obras o los servicios mediante códigos o por referencia a normas generales definidas por el mercado.

14) El apartado 1) b) tiene por objeto reducir los riesgos de colusión y procurar que la subasta culmine con un resultado satisfactorio para la entidad adjudicadora. En él se exige que exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas presumiblemente aptos para participar en la subasta electrónica inversa. Se ha incluido en el texto esta disposición porque se ha comprobado que el marco de una subasta propicia más la colusión que otros métodos de contratación, por lo que es fundamental mantener el anonimato de los concursantes. Así pues, no es conveniente recurrir a la subasta electrónica inversa en un mercado con un número reducido de proveedores potencialmente cualificados e independientes, o en un mercado dominado por uno o varios proveedores preponderantes, ya que dichos mercados son particularmente vulnerables a la manipulación de precios y a otras prácticas de competencia desleal. El apartado 1) b) también está complementado por lo dispuesto en el artículo [51 *quater* 6)], que exige que la entidad adjudicadora tenga presente, al invitar a los proveedores o contratistas, la necesidad de velar por que haya una competencia efectiva durante la subasta. La entidad adjudicadora tendrá derecho a cancelar la subasta, conforme a lo previsto en el artículo [51 *quinquies* 2)], si el número de proveedores o contratistas que se hayan inscrito para participar en la subasta es insuficiente para garantizar una competencia efectiva en el curso de la misma [remisión apropiada al texto de Guía que haría referencia a los artículos pertinentes].

15) La referencia en el artículo 22 *bis* 1) b) a proveedores que se estime que son aptos para participar en la subasta electrónica inversa no debe entenderse en el sentido de que será necesario que los candidatos se precalifiquen para participar en ese tipo de subasta. Tal vez suceda que, para agilizar el proceso y reducir gastos, tan solo se verifiquen las calificaciones del proveedor o contratista que presentó la oferta aceptada [remisión pertinente al texto de la Guía en que se analicen las opciones posibles, particularmente en el marco del artículo 51 *septies* 2)].

16) Este artículo se ha concebido para ser aplicado a la adjudicación de contratos que se haga en función del precio o en función del precio y de otros criterios señalados al comienzo del proceso de adjudicación, es decir, en el anuncio de la subasta electrónica inversa. El concepto de la subasta implica que la competencia de precios es un importante factor determinante (cuando no el único): la subasta electrónica inversa no se presta a procedimientos de adjudicación complejos, en los que tienen importancia los juicios de valor. Cuando para determinar la oferta ganadora se toman en consideración criterios distintos del precio, el párrafo 1) c) (al igual que otras disposiciones de la Ley

Modelo) exige que dichos criterios sean transparentes, objetivos y cuantificables (en cifras o porcentajes) y que puedan expresarse en términos monetarios. No deben confundirse esos criterios ajenos al precio con los elementos de las especificaciones que se utilizarán para determinar la conformidad de una oferta (expresable en términos con criterios de apta/no apta; véase el artículo 34 2) de la Ley Modelo). Este artículo requiere que toda evaluación con criterios distintos del precio se haga con anterioridad a la subasta, en el marco de la evaluación completa que se haga de las ofertas iniciales, y que los resultados de dicha evaluación sean comunicados, según corresponda, por separado y simultáneamente a cada proveedor o contratista interesado, junto con la fórmula matemática que se utilizará durante la subasta para determinar la oferta ganadora. Dicha fórmula deberá permitir que cada proveedor o contratista interesado determine su propia posición respecto de los demás proveedores con anterioridad a la subasta y durante cualquier etapa de la misma. Se trata así de conseguir una evaluación objetiva y transparente efectuada conforme a los criterios aplicables (gracias a la divulgación previa de los procedimientos que deben seguirse y de la fórmula matemática utilizable, así como de los resultados de la evaluación de las ofertas iniciales), evitándose toda manipulación o subjetividad (por ejemplo, mediante un sistema de puntuación) a la hora de determinar la oferta ganadora. La entidad adjudicadora deberá tratar toda oferta inicial que reciba como habría de tratar cualquier otra oferta que le fuera presentada en el marco de la Ley Modelo, por lo que deberá respetar su integridad y confidencialidad[9].

17) Sin embargo, el Estado promulgante y las entidades adjudicadoras deben ser conscientes del riesgo que entraña el hecho de permitir que se apliquen criterios distintos del precio en la determinación de la oferta ganadora. Además de los riesgos comunes a todos los métodos y técnicas de contratación (en relación con el análisis pertinente, véanse los párrafos ... de la presente Guía), el Estado promulgante deberá tener presentes los riesgos particulares inherentes a la subasta electrónica inversa, como pudieran ser: [**en un futuro período de sesiones se agregarán detalles sobre cuestiones como la modificación de la calidad de las ofertas cuyo alcance sea tal que la subasta deje efectivamente de basarse en una especificación común; cuanto mayor sea el número de criterios variables, más difícil resultará tanto para la entidad adjudicadora como para los proveedores entender la forma en que la modificación de un elemento repercutirá en la clasificación general; la forma de abordar los criterios de calidad que sean criterios de evaluación (es decir, excluyendo los criterios de conformidad de las ofertas calificadas de aptas o no aptas) que se evalúen antes de la subasta; y la necesidad de evitar subastas en las que el precio se subaste separadamente de los artículos de calidad, y respecto de las cuales se hayan observado abusos en la práctica**].

18) El Estado promulgante será el que decida si la decisión de adjudicación en un procedimiento de contratación pública efectuado mediante

[9] El Grupo de Trabajo expresó anteriormente la opinión de que el artículo 45 de la Ley Modelo actual debería ser aplicable a todos los métodos de contratación, por lo que debería insertarse una referencia o una remisión pertinente.

subasta electrónica inversa se adoptará únicamente en función del precio o también en función de otros criterios, según cuáles sean las circunstancias locales, particularmente el grado de experiencia adquirido en el empleo de la subasta electrónica inversa y el sector de la economía en el que se pretenda realizar una subasta de esta índole. Se recomienda a todo Estado promulgante que no haya adquirido aún suficiente experiencia en el empleo de la subasta electrónica inversa que la introduzca gradualmente, dado que la experiencia en esta técnica evoluciona; es decir, que comience permitiendo subastas sencillas en las que el precio sea el único factor para determinar la oferta ganadora, y que, más adelante, si procede, recurra a subastas más complejas en las que los criterios de adjudicación sean otros, además del precio. Este último tipo de subasta requiere un alto nivel de experiencia y pericia por parte de la entidad adjudicadora, concretamente la capacidad de incorporar criterios distintos del precio a una fórmula matemática que permita evitar toda subjetividad en el proceso de evaluación. Este grado de experiencia y pericia será necesario incluso en supuestos en los que la entidad adjudicadora encomiende la tramitación de la subasta a un tercero, prestador de servicios, que actúe en nombre de la entidad adjudicadora, dado que esta aún debe poder supervisar debidamente las actividades de estos terceros proveedores de servicios.

19) A fin de obtener los máximos beneficios de una subasta electrónica inversa, es preciso que tanto las entidades adjudicadoras como los proveedores sean conscientes de las ventajas que este método entraña y obtengan el apoyo necesario para confiar en el proceso. Así pues, si el Estado promulgante decide introducir esta técnica de adjudicación de contratos, debería estar dispuesto a invertir recursos suficientes en programas de divulgación y capacitación, a fin de demostrar en el plazo más breve posible que la nueva técnica introducida es rentable y sostenible para todos los interesados. De lo contrario, un mercado en el que se hubieran empleado con éxito otras técnicas de contratación podría perder concursantes al introducirse esta técnica, frustrándose así la inversión gubernamental en el sistema de la subasta electrónica inversa. Deberá impartirse formación al personal de las entidades adjudicadoras para que adquieran la pericia requerida para tramitar la subasta electrónica inversa y comprendan sus ventajas y también los problemas y riesgos que entrañan. Es preciso que los proveedores y contratistas, particularmente los del sector de la pequeña y mediana empresa, conozcan y comprendan los cambios que supone la negociación de contratos públicos por medio de una subasta electrónica, así como las repercusiones que esos cambios tendrán en su respectiva actividad empresarial. Conviene que el público en general sea consciente de las ventajas de la nueva técnica de adjudicación de contratos y que confíe en que dicho método favorecerá el logro de los objetivos de la contratación pública. Los programas de divulgación y capacitación podrán ser impartidos por diversos conductos y medios, muchos de los cuales tal vez ya existan (por ejemplo, sesiones informativas periódicas, boletines, monografías, servicios regulares de asistencia y asesoramiento, guías sencillas y de fácil consulta, subastas simuladas y cursos de inducción y orientación). Al organizar esos programas de divulgación y capacitación deberá preverse algún mecanismo que permita informarse acerca de los resultados obtenidos por todos los interesados, de modo que puedan analizarse y, eventualmente, puedan introducirse los ajustes necesarios en los procesos con subasta electrónica inversa.

20) Las disposiciones de la Ley Modelo no deberán interpretarse en el sentido de que la subasta electrónica inversa resulta apropiada y debe recurrirse siempre a ella, aun cuando no se cumplan todos los requisitos del artículo [22 *bis*]. Tal vez el Estado promulgante desee especificar en un reglamento alguna condición adicional para el empleo de la subasta electrónica inversa, como pudiera ser la conveniencia de agrupar las compras con miras a amortizar los gastos que entraña el establecimiento del sistema para celebrar una subasta electrónica inversa, entre los que cabe destacar los gastos de contratación de servicios informáticos externos y de los prestadores de servicios."

B. Procedimientos aplicables en las etapas de preparación y sustanciación de una subasta: proyectos de artículo 51 *bis* a *septies* (A/CN.9/WG.I/WP.59, párr. 5)

Texto propuesto para la Ley Modelo revisada[10]

17. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo, al examinar los proyectos de artículo 51 *bis* a *septies* (Procedimientos aplicables en las etapas de preparación y sustanciación de una subasta), formuló las siguientes sugerencias de modificación del texto propuesto de la Ley Modelo:

a) Sustitución del párrafo 2) del proyecto de artículo 51 *bis* por el siguiente texto:

"2) Cuando se vaya a utilizar una subasta electrónica inversa en el marco de algún [otro] método de contratación pública previsto en la presente Ley, la entidad adjudicadora publicará un anuncio de la subasta electrónica inversa cuando convoque por primera vez a proveedores o contratistas a la participación en dicho proceso de contratación de conformidad con las disposiciones pertinentes de la presente Ley;"

b) Sustitución de la primera frase del párrafo 2) del proyecto de artículo 51 *ter* por el siguiente texto:

"La entidad adjudicadora podrá fijar el número mínimo o un máximo de proveedores contratistas que se invitará a participar en la subasta a condición de que, al imponer dicho límite, actúe con la convicción de que con ello propiciará el mantenimiento de una competencia efectiva y de la equidad en el trato de los concursantes[11];"

c) Sustitución de la primera frase del párrafo 4) del proyecto de artículo 51 *ter* por el siguiente texto:

---

[10] El Grupo de Trabajo convino en que esas sugerencias eran de carácter preliminar y en que se formularían otras propuestas cuando el Grupo de Trabajo pasara a examinar el texto.

[11] El Grupo de Trabajo convino también en examinar, en un futuro período de sesiones, la cuestión de si esa concepción debería o no constituir una obligación general aplicable a todos los tipos de contratación pública regulados por la Ley Modelo, y si tal consideración debería enunciarse en el texto de la Ley Modelo, o analizarse en la Guía para la incorporación al derecho interno, de modo que fuera aplicable a todas esas técnicas de contratación (inclusive la adjudicación por medio de subastas electrónicas inversas).

"La entidad adjudicadora podrá decidir que toda subasta electrónica inversa deberá ir precedida de una evaluación de la conformidad de las ofertas;"

d) Supresión, en el párrafo 6) del proyecto de artículo 51 *quater*, de las palabras "en la medida de lo posible";

e) Sustitución del apartado d) del párrafo 1) del proyecto de artículo 51 *sexies* por el siguiente texto:

"No se intercambiará comunicación alguna entre la entidad adjudicadora y los concursantes, o entre estos, a excepción de lo dispuesto en los apartados a) y c) del presente párrafo;"

f) Supresión, en el párrafo 4) del proyecto de artículo 51 *sexies*, de las variantes "podrá" y "estará obligada a"; y

g) En la versión inglesa del apartado b) del párrafo 1) del proyecto de artículo 51 *septies*, sustitución de la palabra "submission" por "submissions".

Texto propuesto para la Guía para la incorporación al derecho interno

18. En sus períodos de sesiones 12º y 13º, el Grupo de Trabajo recordó que, en un futuro período de sesiones, examinaría el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que haría referencia a los proyectos de artículo 51 *bis* a 51 *septies*. Asimismo, en su 13º período de sesiones, observó que si una subasta electrónica inversa era cancelada por alguno de los motivos enunciados en el párrafo 1) del proyecto de artículo 51 *septies*, podía quedar en entredicho el anonimato de los concursantes de la subasta y que, por consiguiente, habría que introducir en la Guía un comentario por el que se advirtiera a las entidades adjudicadoras que no es conveniente celebrar una segunda subasta durante el mismo procedimiento de contratación si se considera que ello puede entrañar un riesgo para el anonimato de los concursantes.

C. 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 acerca del empleo de los acuerdos marco en la contratación pública, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 14º período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.62) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Propuestas para la Ley Modelo	3-6
	A. Terminología	3-6
	B. Texto propuesto	
III.	Otras cuestiones que plantea la utilización de procedimientos de acuerdo marco	7-12
	A. Competencia en la primera etapa	7-10
	B. "Clasificación"	11-12

Al introducir los cambios al texto del proyecto de convenio sobre el transporte [total o parcialmente] [marítimo] de mercancías que el Grupo de Trabajo había solicitado en su 19° período de sesiones, celebrado en Nueva York en abril de 2007, la Secretaría propone que se incorporen las correspondientes mejoras de redacción al texto de algunas disposiciones del proyecto de convenio que el Grupo de Trabajo examinará en su 20° período de sesiones. El Grupo de Trabajo, en dicho período de sesiones, tal vez desee basar el análisis de tales disposiciones del proyecto en el texto que se adjunta al presente documento, y no en el texto que figura en A/CN.9/WG.III/WP.81.

Proyecto de artículo 42

1. Este proyecto de disposición no se ha modificado y se presenta tal como figura en A/CN.9/WG.III/WP.81, con excepción de las correcciones de los errores que se hallaron en el texto del apartado c). Concretamente, se ha suprimido, por incorrecta, la remisión que figuraba en la primera frase del apartado 2 a) del proyecto de artículo 37, habida cuenta de que en el apartado 2 de dicho proyecto de artículo se remite exclusivamente a la información relativa a los datos del contrato que debía facilitar el porteador. En cambio, se ha agregado el apartado c) i) *infra*, de modo que ahora dicha remisión se hace al párrafo 1 del proyecto de artículo 37 y a los datos

del contrato que deben ser indicados por el porteador. En el apartado c) ii), que figura a continuación, se repite el texto que aparece en la versión anterior de la disposición, y en el apartado c) iii) *infra* se hace remisión a los datos del contrato que se mencionan en el párrafo 2 del proyecto de artículo 37, todos los cuales deberán ser proporcionados por el porteador. Las correcciones realizadas en el texto del apartado c) no tienen como objeto alterar su significado.

Artículo 42. Valor probatorio de los datos del contrato[1]

Salvo en la medida en que se hayan formulado reservas a los datos del contrato en los supuestos y en la medida que se indica en el artículo 41[2]:

a) Todo documento de transporte o documento electrónico de transporte que deje constancia de la recepción de las mercancías constituirá prueba rebatible de que el porteador recibió las mercancías conforme a lo indicado en los datos del contrato[3];

b) No se admitirá prueba alguna en contrario presentada por el porteador respecto de lo indicado en los datos del contrato, si esos datos están consignados en:

i) Un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable que haya sido transferido a un tercero que obraba de buena fe, o en

ii) Un documento de transporte no negociable o un documento electrónico de transporte no negociable en el que se indique que el documento ha de restituirse para obtener la entrega de las mercancías y que haya sido transferido a un destinatario que obraba de buena fe[4].

c) No se admitirá prueba en contrario del porteador frente a un destinatario que haya actuado de buena fe en consideración a los siguientes datos del contrato que figuren en un documento de transporte no negociable o en un documento electrónico de transporte no negociable:

i) Los datos del contrato que se mencionan en el párrafo 1 del artículo 37, cuando esos datos hayan sido facilitados por el porteador;

ii) El número y el tipo de contenedores, así como el número de identificación de cada uno de ellos, pero no así el número de identificación de su respectivo sello o precinto; y

iii) Los datos del contrato enunciados en el párrafo 2 del artículo 37.

---

[1] Se ha reajustado el texto presentado en el párr. 58 de A/CN.9/616.

[2] El contenido del encabezamiento del artículo 42 figuraba en el artículo 44, en A/CN.9/WG.III/WP.56 que se suprimió.

[3] Cabe señalar que en este apartado se amplía el alcance del principio enunciado en el artículo IV 5) f) de las Reglas de La Haya-Visby.

[4] Se ha reformulado el texto de este inciso para evitar la difícil noción de prueba concluyente, recurriéndose a dicho fin al texto del artículo 16 3) b) de las Reglas de Hamburgo, cuyo alcance se ha hecho extensivo a los documentos de transporte y a los documentos electrónicos de transporte no negociables.

Proyecto de artículo 44

Párrafo 1

2. Al analizar la mejor manera de aclarar la relación que guardan los párrafos 1 y 2 del artículo 11, tal como lo solicitó el Grupo de Trabajo en su 19° período de sesiones (véase A/CN.9/621, párrs. 30 a 33), la Secretaría llegó a la conclusión de que el mejor criterio de redacción consistía en suprimir el párrafo 2 del proyecto de artículo 11, que figura en A/CN.9/WG.III/WP.81, para así evitar que se confunda con el párrafo 1, y trasladar el texto pertinente al final del párrafo 1 del artículo 44. Además, se ajustó el texto del párrafo 1 del proyecto de artículo 44 al suprimir la remisión al párrafo 2 del proyecto de artículo 11 en el proyecto de artículo 44. Se estimó que sería mejor que la norma relativa al momento y al lugar de la entrega se insertase en el proyecto de artículo 44, en el capítulo relativo a la entrega. La propuesta de texto revisado del proyecto de párrafo 1 figura a continuación del párrafo 3 *infra*.

Párrafo 2

3. Al examinar la mejor manera de aclarar el texto del párrafo 2 del proyecto de artículo 27, tal como lo solicitó el Grupo de Trabajo en su 19° período de sesiones (véase A/CN.9/621, párrs. 209 a 212), la Secretaría llegó a la conclusión de que sería más conveniente trasladar a otra parte del texto la obligación de descargar las mercancías, dado que todo acuerdo de descarga de las mercancías, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 14, sería ejecutado por el destinatario y, por lo tanto, no debería figurar en el capítulo relativo a las obligaciones del cargador. Así, se sugirió suprimir dicha obligación del párrafo 2 del proyecto de artículo 27 en el próximo texto refundido del proyecto de convenio, y aclarar que es una obligación que incumbe al destinatario. Asimismo, se sugirió insertarla en otra parte para así conformar un nuevo párrafo 2 del proyecto de artículo 44, relativo a la obligación del destinatario de aceptar la entrega. El texto sugerido del párrafo 2 figura más abajo.

Artículo 44. Obligación de aceptar la entrega

1. Cuando las mercancías hayan llegado a su destino, el destinatario que [ejercite cualquiera de sus derechos con arreglo al] [haya intervenido activamente en el] contrato de transporte[5] deberá aceptar la entrega de las mercancías en el momento o en el plazo y lugar convenidos en el contrato de transporte o, a falta de acuerdo al respecto, en el momento y lugar en que sean acordes con la costumbre, las prácticas o los usos del comercio. A falta de acuerdo y de toda costumbre, práctica o uso aplicable, el momento y lugar de la entrega serán el momento y lugar en que se realice la descarga de las mercancías desde el último medio de transporte en el que se hayan transportado con arreglo al contrato de transporte.

2. Si las partes han celebrado un acuerdo de conformidad con lo previsto en el párrafo 2 del artículo 14, por el que se estipule que el

[5] 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 destinatario, sino hacer que dicha obligación sea incondicional.

destinatario deberá descargar las mercancías, este deberá proceder a la descarga con el debido cuidado y diligencia.

Proyecto de artículo 49

4. Conforme a la modificación que se ha sugerido introducir en el párrafo 1 del artículo 44, en su apartado a) ya no se hace referencia al "párrafo 2 del artículo 11" sino al "párrafo 1 del artículo 44".

5. Se ha sugerido añadir en el apartado d) la frase "antes de que venza el plazo mencionado en el párrafo 1 del artículo 44", con objeto de que su enunciado sea lo suficientemente claro para abarcar supuestos en los que el momento de entrega que figura en el contrato sea un período de tiempo y no un momento o fecha determinados. En previsión de ello, en el texto modificado del párrafo 1 del artículo 44 se ha agregado a "momento y lugar" el concepto de "plazo".

6. Se han sugerido dos cambios en el apartado g). En primer lugar, se sugirió aclarar el significado de dicho texto añadiendo, en la primera línea, después de las palabras "presente artículo,", las palabras "un tenedor que se convirtiera en tal tras dicha entrega y que". En segundo lugar, se sugirió reemplazar la frase "que no tuviera conocimiento de dicha entrega ni hubiera podido razonablemente tenerlo" por la frase "que no tuviera conocimiento de la misma y que no hubiera podido razonablemente tenerlo".

7. A continuación se transcribe el texto completo del artículo 49, que corresponde al texto que figura en A/CN.9/WG.III/WP.81, con la salvedad de las sugerencias expuestas en los párrafos 4 a 6.

Artículo 49. Entrega en caso de haberse emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable[6]

Cuando se haya emitido un documento de transporte negociable o un documento electrónico de transporte negociable:

a) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44, el tenedor del documento de transporte negociable o del documento electrónico de transporte negociable estará legitimado para obtener del porteador la entrega de las mercancías una vez que hayan llegado a su lugar de destino, en cuyo caso el porteador deberá entregarlas, según proceda, al tenedor en el momento y lugar indicados en el párrafo 1 del artículo 44:

i) Una vez que el tenedor haya restituido el documento de transporte negociable y, si se trata de una de las personas mencionadas en el inciso i) del apartado a) del párrafo 12 del artículo 1, una vez que dicho tenedor se haya identificado debidamente; o

ii) Una vez que el tenedor del documento electrónico de transporte negociable haya demostrado su condición de tal por los procedimientos indicados en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 9.

[6] Revisión conforme a lo acordado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/591, párrs. 231 a 239, y A/CN.9/595, párrs. 80 a 89). A fin de evitar repeticiones, se han fusionado los incisos i) y ii) del apartado a) en A/CN.9/WG.III/WP.56 para formar los apartados a) y b) del texto actual.

b) El porteador deberá denegar la entrega si no se cumplen las condiciones enunciadas en el inciso i) o en el inciso ii) del apartado a) del presente artículo.

c) Cuando se haya emitido más de un original del documento de transporte negociable, la restitución de uno solo será suficiente y los demás originales perderán su validez o eficacia. De haberse utilizado un documento electrónico de transporte negociable, dicho documento perderá toda su validez o eficacia al efectuarse la entrega de las mercancías al tenedor del mismo conforme a los procedimientos prescritos en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 9.

d) Si el tenedor no reclama al porteador la entrega de las mercancías, antes de que venza el plazo mencionado en el párrafo 1 del artículo 44, tras su llegada al lugar de destino, el porteador deberá informar de ello a la parte controladora o, en caso de que, tras un esfuerzo razonable, no consiga localizarla, deberá informar de ello al cargador. En ese caso, la parte controladora o el cargador deberá dar instrucciones al porteador para la entrega de las mercancías. Cuando el porteador no consiga, tras un esfuerzo razonable, localizar a la parte controladora ni al cargador, se tendrá por cargador, a los efectos del presente apartado, al cargador documentario.

e) El porteador que haga entrega de las mercancías conforme a las instrucciones de la parte controladora o del cargador, a tenor de lo previsto en el apartado d) del presente artículo, quedará liberado de su obligación de entregar las mercancías al tenedor conforme al contrato de transporte, independientemente de que el documento de transporte negociable le haya sido o no restituido o de que la persona que reclame la entrega en virtud de un documento electrónico de transporte negociable haya o no demostrado por los procedimientos mencionados en el párrafo 1 del artículo 9 su condición de tenedor.

f) Toda persona que adquiera la condición de tenedor de un documento negociable de transporte o de un documento electrónico de transporte negociable, una vez que el porteador haya hecho entrega de las mercancías conforme a lo previsto en el apartado e) del presente artículo, cuya condición de tenedor esté legitimada por un acuerdo contractual o de otra índole anterior a la entrega, adquirirá todo derecho frente al porteador que se derive del contrato de transporte, que no sea el derecho a la entrega de las mercancías.

g) No obstante lo dispuesto en los apartados e) y f) del presente artículo, el tenedor que se convirtiera en tal tras dicha entrega y que no tuviera conocimiento de la misma y que no hubiera podido razonablemente tenerlo en el momento en que adquirió la condición de tenedor adquirirá los derechos incorporados al documento de transporte negociable o al documento electrónico de transporte negociable.

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor actual 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 (la "Ley Modelo") (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 12 a 85 del documento A/CN.9/WG.I/WP.60, que el Grupo de Trabajo tiene a su disposición en su 14º 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, incluida la utilización de acuerdos marco en la contratación pública.

2. Esta nota se ha preparado atendiendo a la solicitud formulada a la Secretaría por el Grupo de Trabajo en su 13º período de sesiones de que revisara los proyectos de disposición sobre la utilización de acuerdos marco, así como aquellos en que se abordan los tipos, condiciones y procedimientos para la utilización de acuerdos marco[7].

II. Propuestas para la Ley Modelo

A. Terminología

3. Algunas de las disposiciones que figuran a continuación incluyen terminología que puede diferir de los equivalentes utilizados en los sistemas de contratación no basados en la Ley Modelo, y se describen aquí para facilitar al Grupo de Trabajo la referencia. Además, algunos conceptos que figuran en la Ley Modelo se describen en el texto de distinta manera según los métodos de contratación, por lo que tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de armonizar los términos relativos a todos los métodos y técnicas de contratación que figurarán en el texto revisado.

4. Por ejemplo, en otros sistemas, a veces se hace referencia a "los criterios que habrá de emplear ... para determinar la oferta ganadora", que figuran en el artículo 27 e) y en otras disposiciones del capítulo III, en el sentido de que se trata de criterios de "evaluación" o "adjudicación". Sin embargo, en el capítulo IV (que trata de la contratación de servicios) se habla de "determinar" la propuesta ganadora conforme al "procedimiento seleccionado". En otros sistemas de contratación, a veces "selección" se utiliza para hacer referencia a la identificación de los proveedores idóneos, mientras que en la Ley Modelo ese proceso se denomina la "evaluación" de la idoneidad de los proveedores.

5. En toda la Ley Modelo se hace referencia a la "evaluación" de las ofertas u otras proposiciones. En este caso por "evaluación" se entiende la valoración competitiva que permite determinar el orden en que se clasifican las ofertas u otras proposiciones (a diferencia de una valoración para determinar si son conformes a las cláusulas y condiciones y si incluyen las especificaciones de la contratación de que se trate). En la Ley Modelo "evaluación" también se utiliza para indicar la valoración de las calificaciones de los proveedores.

[7] A/CN.9/648, párr. 13.

6. A efectos de los proyectos de disposición relativos a los acuerdos marco, se utilizará la terminología siguiente, y tal vez el Grupo de Trabajo desee reconsiderar si conviene que algunas de estas expresiones se utilicen en toda la Ley Modelo:

a) Por "evaluación" se entenderá la valoración competitiva que determina el orden que se atribuye a la oferta u otras proposiciones;

b) Por "examen" se entenderá la evaluación de la conformidad de las ofertas;

c) Por "clasificación" se entenderá el orden que se ha atribuido a las ofertas u otras proposiciones, siendo el mejor clasificado el proveedor que mejor satisface las necesidades de la entidad adjudicadora en función de las cláusulas y condiciones de la contratación[8];

d) Por "criterios de selección" se entienden los criterios que se utilizarán para determinar la oferta u otra proposición ganadora y por "selección" se entenderá la identificación de la o las partes ganadoras en el acuerdo marco y la identificación del proveedor ganador al que se adjudicará un contrato;

e) Por "especificaciones" se entienden "la índole y las características técnicas y de calidad que, conforme al artículo 16, deban tener los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar, con indicación de, por lo menos, las especificaciones técnicas y los planos, dibujos o diseños que correspondan (descripción tomada del artículo 27 d) de la Ley Modelo); y

f) Por "ofertas" se entienden las proposiciones en la segunda etapa de un procedimiento de acuerdo marco[9].

B. Texto propuesto

"Artículo 22 *ter*. Tipos de acuerdo marco y condiciones para recurrir a ellos

1) Un procedimiento de acuerdo marco es una contratación realizada en dos etapas: en la primera se seleccionará a uno o varios proveedores o contratistas que serán partes en el acuerdo marco con una entidad adjudicadora, y en la segunda se adjudicarán los contratos públicos en virtud del acuerdo marco a uno o varios de esos proveedores o contratistas[10, 11].

---

[8] El Grupo de Trabajo ha pedido a la Secretaría que busque un sinónimo que describa esta clasificación competitiva, pero la Secretaría aún no lo ha encontrado.

[9] El Grupo de Trabajo ha pedido a la Secretaría que busque un sinónimo que no se utilice ya para otro propósito en la Ley Modelo, pero la Secretaría aún no lo ha encontrado.

[10] El Grupo de Trabajo podría examinar si se hará una distinción entre una contratación (la totalidad de las adquisiciones previstas en un acuerdo marco) y cada contratación (que estará representada por un contrato concertado en virtud del acuerdo marco) y de qué forma. Eso puede dar lugar a cambios de redacción.

[11] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de presentar las definiciones de este proyecto de texto en el artículo 2 de la Ley Modelo, a fin de agrupar todas las definiciones.

2) Un acuerdo marco [en virtud de la presente Ley] se concertará por escrito[12] entre la entidad adjudicadora y los proveedores o contratistas y en él se enunciarán:

a) Los procedimientos y criterios de selección, incluida la ponderación relativa de esos criterios[13], para determinar el proveedor ganador del contrato en virtud del acuerdo marco[14]. En un acuerdo marco puede disponerse que el coeficiente relativo de ponderación asignado a esos criterios de evaluación pueda variar dentro de un margen de fluctuación establecido en el acuerdo marco, a condición de que la variación no dé lugar a una modificación [de fondo] en la contratación, tal como se indica en el párrafo d) *infra*[15];

b) Las especificaciones para la contratación[16]; y

c) i) todas las cláusulas y condiciones en virtud de las cuales el proveedor o los proveedores o el contratista o los contratistas habrán de suministrar los bienes, construir las obras o prestar los servicios que se vayan a contratar; o bien

---

[12] Tal como se indica en el párrafo 66 del documento A/CN.9/648, el Grupo de Trabajo convino en que en la definición de acuerdo marco se haría mención de un acuerdo en forma escrita.

[13] Hay dos formulaciones de este concepto en el texto actual de la Ley Modelo: en el artículo 27 e), que se reproduce en el presente artículo, y en el párrafo 4) c) del artículo 48, en el que se hace referencia a la ponderación relativa que se asignará a cada uno de esos criterios. Tal vez el Grupo de Trabajo desee utilizar una versión armonizada en todo el texto revisado de la Ley Modelo y, de ser así, considerar si cabría adoptar esta última formulación, que es más precisa que la primera.

[14] En comparación, el artículo 27 e) hace referencia a cualquier criterio distinto del precio, incluido el margen de preferencia, y al coeficiente relativo de ponderación de esos criterios.

[15] Véase el texto de la Guía propuesto para este artículo en A/CN.9/WG.I/WP.63. El Grupo de Trabajo podría tomar nota de que hay más flexibilidad en las disposiciones equivalentes del artículo 32 de la Directiva 2004/18/CE (Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, 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 Nº L 134, de 30 de abril de 2004, páginas 1 y 114 y siguientes, que pueden consultarse en http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm, la "Directiva de la UE"). Sin embargo, en el 13º período de sesiones se manifestó inquietud ante la posibilidad de que, de haber más flexibilidad de la prevista en el proyecto actual, se pudieran modificar los criterios para la adjudicación de contratos durante la contratación, lo cual sería contrario al razonamiento básico de la Ley Modelo y además se prestaría a abusos.

[16] La Guía para la incorporación al derecho interno remitiría a las disposiciones del artículo 27 d), relativo a las especificaciones. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si las referencias a las especificaciones en las disposiciones sobre procedimientos de acuerdo marco deberían ajustarse a la descripción más detallada que figura en el artículo 27 d). (Esta descripción se consigna en la sección de terminología, II.A, *supra*). De este modo podrían evitarse las dificultades de tratar de separar los conceptos de cláusulas y condiciones y especificaciones, y además se aumentaría la concordancia en el texto de la Ley Modelo. A este respecto, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de combinar los apartados b) y c). Véase también el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno propuesto para este artículo en A/CN.9/WG.I/WP.63, en el que, entre otras cosas, se discutirá la forma de evitar que estos requisitos sean onerosos. Por ejemplo, los Estados promulgantes, en sus reglamentaciones sobre contratación pública, podrían autorizar a la entidad procuradora a anexar el pliego de condiciones si incluye esta información y si en su ordenamiento jurídico los anexos se consideran parte integrante de un contrato.

ii) todas las cláusulas y condiciones que se conozcan cuando se concierte el acuerdo marco, y una declaración en que se enuncien las cláusulas y condiciones restantes que hayan de establecerse mediante competencia en la segunda etapa;

d) Las cláusulas y condiciones de la contratación, enunciadas en el pliego de condiciones o en el acuerdo marco, o en ambos, no podrán modificarse durante la vigencia del acuerdo marco de ninguna forma que dé lugar a un cambio de fondo de las especificaciones u otras cláusulas y condiciones de la contratación.

3) Un acuerdo marco se concertará por un período determinado, que no excederá de [el Estado promulgante especificará aquí una cifra máxima] años[17].

4) Una entidad adjudicadora podrá concertar un procedimiento de acuerdo marco conforme a lo dispuesto en los artículos [51 *octies* a 51 *quindecies*]:

a) Cuando la entidad adjudicadora tenga la intención de contratar repetidamente los bienes, obras o servicios de que se trate durante el período de vigencia del acuerdo marco; o

b) Cuando la entidad adjudicadora prevea que, dada la naturaleza de los bienes, de las obras o de los servicios que se vayan a contratar, se planteará con urgencia la necesidad de contratarlos durante la vigencia del acuerdo marco.

5) Un acuerdo marco cerrado es un acuerdo en el que solo pueden ser partes los proveedores o contratistas iniciales y al que no pueden incorporarse posteriormente otros proveedores o contratistas.

6) Un acuerdo abierto es un acuerdo al que, además de los proveedores o contratistas iniciales, pueden incorporarse posteriormente otro u otros proveedores o contratistas.

7) Un procedimiento de acuerdo marco podrá concertarse de una de las formas siguientes:

a) Un procedimiento de acuerdo marco cerrado, en virtud del cual se concierta el acuerdo marco con uno o varios proveedores o contratistas y en el que todas las cláusulas y condiciones de la contratación se establecen al concertarse el acuerdo marco, incluidos los procedimientos que la entidad procuradora aplicará para seleccionar a los proveedores o contratistas a los que se adjudicarán los contratos en virtud del acuerdo marco[18];

---

[17] En su 13º período de sesiones el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión preliminar de que no debería especificarse un período en el texto de la Ley Modelo, aunque a juicio de algunas delegaciones la cuestión debería seguir discutiéndose.

[18] Aunque es posible que la parte final de este párrafo no sea estrictamente necesaria a la luz de lo dispuesto en el artículo 22 *ter* 2), tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de incluir este texto y también de explicar en la Guía para la incorporación al derecho interno que "las cláusulas y condiciones" de la contratación incluyen las especificaciones, los procedimientos para la adjudicación de los contratos en la segunda etapa y los criterios de

b) Un procedimiento de acuerdo marco cerrado, en virtud del cual se concierte el acuerdo marco con uno o varios proveedores o contratistas, y en el que no todas las cláusulas y condiciones de la contratación se establecen al concertarse el acuerdo marco, y en el que habrá competencia en la segunda etapa para seleccionar a los proveedores o contratistas a los que se adjudicarán los contratos en virtud del acuerdo marco [y para establecer las cláusulas y condiciones restantes de la contratación de que se trate][19];

c) Un procedimiento de acuerdo marco abierto, en virtud del cual se concierte el acuerdo marco con más de un proveedor o contratista y en el que no todas las cláusulas y condiciones del procedimiento se establezcan al concertar el acuerdo marco, y una competencia en la segunda etapa para seleccionar a los proveedores o contratistas a los que se adjudicarán los contratos en virtud del acuerdo marco [y para establecer las cláusulas y condiciones restantes de la contratación de que se trate][20].”

“Artículo [51 *octies*]. Iniciación de un procedimiento de acuerdo marco

1) Cuando la entidad adjudicadora tenga la intención de concertar un acuerdo marco, deberá:

a) Seleccionar el procedimiento de acuerdo marco que deba concertarse de entre los tres tipos enunciados en el artículo 22 *ter* 5);

b) Seleccionar un método para concertar el acuerdo marco de conformidad con las disposiciones del capítulo II de la presente Ley[21].

2) La entidad adjudicadora consignará en el expediente exigido conforme al artículo 11 de la presente Ley una declaración de los motivos y circunstancias

selección. Este párrafo se ha redactado con la idea de demostrar que no hay competencia en la segunda etapa.

[19] El Grupo de Trabajo podría considerar si, en virtud de este procedimiento de acuerdo marco cerrado, los proveedores y contratistas seguirán estando obligados a cumplir lo estipulado en sus ofertas. Por ejemplo, podrían estar obligados durante la duración del acuerdo marco a menos que en el pliego de condiciones y en el acuerdo marco se disponga otra cosa. Si bien con acuerdos de mayor duración la entidad procuradora tendrá más seguridad de suministro, puede que el precio sea consecuentemente más alto.

[20] En disposiciones análogas de la Directiva de la UE, este tipo de acuerdos marco deben administrarse electrónicamente, porque desde un punto de vista práctico es sumamente complejo administrarlos de forma no electrónica. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió a título preliminar que permitiría marcos no electrónicos de este tipo.

[21] La aplicación del capítulo II significa que el procedimiento debe consistir en procedimientos de licitación o el equivalente en materia de servicios, a menos que se justifique aplicar otros métodos. Este tema se abordará en la Guía para la incorporación al derecho interno. Conforme a la formulación anterior, los procedimientos de acuerdo marco debían iniciarse con procedimientos de licitación o el equivalente en materia de servicios, pero este requisito se eliminó a título preliminar en el período de sesiones anterior. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si convendría concertar un procedimiento de acuerdo marco abierto que no consistiera en utilizar procedimientos abiertos, en vista de la necesidad de anunciar la existencia del acuerdo marco para beneficio de quienes quieran adherirse a él.

en que se basó para seleccionar el tipo de procedimiento de acuerdo marco especificado en el artículo 22 *ter*[22]."

"Artículo [51 *novies*]. Información que deberá especificarse cuando se solicite por vez primera la participación en un procedimiento de acuerdo marco

Cuando solicite por vez primera la participación de proveedores o contratistas en un procedimiento de acuerdo marco, la entidad adjudicadora deberá especificar toda la información requerida para el método de contratación elegido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 *octies*[23], salvo la cantidad de elementos que haya de contratarse, así como la información y las declaraciones siguientes[24]:

a) Que la contratación se efectuará mediante un procedimiento de acuerdo marco;

b) Si el procedimiento de acuerdo marco revestirá la forma de un acuerdo marco cerrado o abierto, según lo dispuesto en el artículo 22 *ter* 6) y 7);

c) Si el acuerdo marco será un acuerdo abierto, que los proveedores o contratistas podrán solicitar pasar a ser partes en el acuerdo marco en cualquier momento del período de vigencia de este, con sujeción a un número máximo de proveedores[25];

d) O bien que solo será parte en el acuerdo marco un proveedor o un contratista, o el número mínimo o máximo de proveedores o contratistas que serán partes en el acuerdo marco[26];

---

[22] Véase el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno propuesto para este artículo en A/CN.9/WG.I/WP.63.

[23] Véase el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno propuesto para este artículo en A/CN.9/WG.I/WP.63.

[24] Como este procedimiento podría basarse en los capítulos de la Ley Modelo III, IV o V, en aras de la claridad, se repite parte de la información que, aunque no es estrictamente necesaria, se requiere para los procedimientos de licitación.

[25] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si, para que la administración de un marco abierto sea más eficiente, los Estados promulgantes podrían, alternativamente, prever la posibilidad de que el acuerdo marco se abra periódicamente a la participación de quienes quieran adherirse a él (es decir, en momentos o a intervalos fijos) y, de ser así, si esta alternativa podría consignarse en el texto adjunto de la Guía.

[26] El Grupo de Trabajo ha tomado nota de que toda limitación de la capacidad respecto del número de proveedores en un sistema abierto deberá hacerse constar en el pliego de condiciones (véase el párrafo 101 del documento A/CN.9/648). El máximo apropiado dependerá del tipo de contratación y del sistema que se utilice, asuntos que deberán abordarse en la Guía para la incorporación al derecho interno. Véase también la sección III en lo relativo a la necesidad de que haya competencia en la primera etapa de los procedimientos de acuerdo marco. Si en esta etapa no hay una evaluación y selección competitivas de los proveedores (incluida la eliminación de las ofertas conceptuadas como conformes y presentadas por proveedores idóneos), cabría aducir que el resultado es una lista de proveedores. También puede poner en peligro la competencia en la segunda etapa que las entidades adjudicadoras quieran reducir de forma no transparente los números invitados a participar en esa segunda etapa. El Grupo de Trabajo podría reconsiderar esta disposición y prever una forma transparente de limitar el número de partes en el acuerdo marco.

e) Si la entidad adjudicadora tiene la intención de concertar un acuerdo marco con más de un proveedor o contratista, una declaración en el sentido de que los proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco se clasificarán de conformidad con los criterios de selección especificados;

f) La duración del acuerdo marco y, siempre que se conozcan en esta etapa de la contratación, todas las demás cláusulas, condiciones y la forma del acuerdo marco. Si cabe la posibilidad de que algunas de esas cláusulas o condiciones o algún elemento de forma se ajusten a un determinado proveedor o contratista, cuáles son esas cláusulas, condiciones o elementos de forma[27];

g) Toda la información necesaria para que los acuerdos marco electrónicos puedan funcionar de forma eficaz, incluido el equipo que se habrá de utilizar, los mecanismos de las conexiones técnicas, [el sitio web u otra dirección electrónica] en que puedan consultarse las especificaciones, cláusulas y condiciones de la contratación, y las notificaciones de los contratos próximamente adjudicables[28];

h) La naturaleza de las adquisiciones y los lugares y horas deseados para la entrega de tales adquisiciones previstas en virtud del acuerdo marco, siempre que se conozcan en esta etapa de la contratación;

i) La cantidad total o la cantidad mínima o máxima de las adquisiciones previstas en virtud del acuerdo marco, siempre que se conozcan en esta etapa de la contratación, y si no una estimación de ellas;

j) De estar permitido que los proveedores o contratistas presenten licitaciones, propuestas, ofertas o cotizaciones (denominadas colectivamente "proposiciones" en la presente sección) que correspondan únicamente a una parte de los bienes, de las obras o de los servicios que se vayan a contratar, una descripción de la parte o las partes correspondientes;

k) Los criterios de que deberá valerse la entidad adjudicadora para seleccionar el número individual o plural de proveedores o contratistas que serán partes en el acuerdo marco, incluida su ponderación relativa, y la forma en que dichos criterios se aplicarán en la selección[29];

---

[27] A/CN.9/648, párr. 63. La última frase de este párrafo tiene por objeto hacer posible que se utilicen acuerdos marco múltiples. La cuestión se trata en el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno propuesto para este artículo en A/CN.9/WG.I/WP.63, pero tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si de este modo podrían modificarse subrepticiamente las cláusulas y condiciones de la contratación entre partes.

[28] Este párrafo se incluyó atendiendo a la solicitud formulada por el Grupo de Trabajo en el párrafo 85 del documento A/CN.9/648.

[29] En la Guía se explicará que habrá que hacer público si la selección se basará en el precio más bajo ofrecido o en la proposición que, previa valoración, resulte más económica. Véase A/CN.9/WG.I/WP.63.

l) La especificación de si en el acuerdo marco se consignarán todas las cláusulas y condiciones de la contratación o si habrá competencia en la segunda etapa para seleccionar al proveedor o contratista al que se adjudicará el contrato, en virtud del acuerdo marco;

m) Los procedimientos y criterios que la entidad adjudicadora aplicará para seleccionar el proveedor o contratista al que se adjudicará el contrato, incluidas las ponderaciones relativas de los criterios y la forma en que se aplicarán en la selección;

n) Si va a haber competencia en la segunda etapa:

i) Todas las cláusulas y condiciones de la contratación se consignarán en el acuerdo marco;

ii) Las cláusulas y condiciones restantes, que serán objeto de competencia en la segunda etapa; y

iii) Si la entidad adjudicadora desea poder modificar los coeficientes relativos de ponderación de los criterios de selección durante la competencia en la segunda etapa, el margen de fluctuación en que podrán modificarse los coeficientes relativos de ponderación, a condición de que la variación no dé lugar a una modificación de fondo de las especificaciones u otras cláusulas y condiciones de la contratación[30]."

"Artículo [51 *decies*]. Primera etapa de un proceso de contratación en el que se recurra a acuerdos marco

1) La primera etapa de un procedimiento de contratación mediante acuerdos marco cerrados se llevará a cabo de acuerdo con las disposiciones de uno de los métodos de contratación seleccionados en virtud del artículo 51 *octies* de la presente Ley.

2) La primera etapa del procedimiento de contratación realizado con acuerdos marco abiertos se llevará a cabo de acuerdo con las disposiciones que rigen el método de contratación seleccionado en virtud del artículo 51 *octies* de la presente Ley, [con la condición de que el método de contratación elegido sea abierto y competitivo/que habrá de efectuarse de conformidad con lo dispuesto en el capítulo III o en el capítulo IV de la presente Ley][31].

3) La entidad adjudicadora seleccionará a uno o varios proveedores o contratistas con los que concertará el acuerdo marco en función de los criterios de selección especificados, y notificará sin demora a los proveedores o contratistas elegidos su selección y, en su caso, su clasificación[32].

---

[30] En la Guía se abordará la competencia en la primera etapa y se explicará que habrá que hacer constar si la selección se basará en el precio más bajo ofrecido o en la proposición que, previa valoración, resulte más económica. Véase A/CN.9/WG.I/WP.63.

[31] Véase el párrafo 90 del documento A/CN.9/648 y la nota de pie página 15 *supra*.

[32] Tal como se ha indicado en la sección de terminología *supra*, el Grupo de Trabajo tal vez desee modificar este término (véase también el párrafo 91 del documento A/CN.9/648). También

4) La entidad adjudicadora publicará sin demora un aviso de la adjudicación del acuerdo marco, de la forma que se haya especificado para la publicación de adjudicaciones de contratos en virtud del artículo 14 de la presente Ley. En el aviso se especificará la identidad del proveedor o de los proveedores o del contratista o de los contratistas que se hayan seleccionado para ser parte o partes en el acuerdo marco[33]."

"Artículo [51 *undecies*]. Disposiciones suplementarias relativas a la primera etapa de un proceso de adjudicación con arreglo a un acuerdo marco abierto

1) Durante todo el período de vigencia del acuerdo marco abierto, la entidad adjudicadora asegurará un acceso sin restricciones, directo y pleno a las especificaciones y a las cláusulas y condiciones del acuerdo, así como a cualquier otra información necesaria para el buen funcionamiento del acuerdo[34].

2) La entidad adjudicadora, durante el período de funcionamiento del acuerdo marco abierto:

a) Deberá publicar de nuevo [el Estado promulgante especifica la frecuencia con que habrá de volverse a publicar, o de conformidad con las reglamentaciones sobre contratación pública] la solicitud inicial de proposiciones y el aviso de la adjudicación del acuerdo marco, así como una invitación a presentar otras proposiciones a fin

---

cabría la posibilidad de incluir las proposiciones por orden descendiente para indicar las que mejor responden a las necesidades de la entidad adjudicadora.

[33] Actualmente esta disposición exige que se haga pública la identidad de las partes, de conformidad con las instrucciones dadas por el Grupo de Trabajo (párrafo 94, A/CN.9/648). Tal vez el Grupo de Trabajo desee también considerar si se debería imponer como requisito general que se proporcione esta información al publicar el aviso de la adjudicación del contrato conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la actual Ley Modelo, y si convendría adaptar las disposiciones sobre el umbral. En el texto o en la Guía para la incorporación al derecho interno también se podría hacer referencia a la información mínima que habrá que publicar. Por ejemplo, en lo que respecta a cada contrato adjudicado (en virtud de todos los procedimientos de contratación, incluidos los acuerdos marco), se podría exigir: a) una breve descripción de los bienes o servicios o las obras contratados (o una referencia a una oferta o al número de solicitud de oferta); b) la identidad del proveedor al que se ha adjudicado el contrato; c) el precio del contrato; y d) la fecha o el ejercicio económico en que se adjudicó el contrato. En aras de la concordancia, entonces en el artículo 36 6) habría que exigir que se informara de todos estos datos y de la dirección del proveedor ganador de la licitación a los proveedores no ganadores de una determinada licitación. Cabría exigir que se hiciera pública la misma información al concertar un acuerdo marco, salvo por el precio del contrato. Además, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de informar a las partes en el acuerdo marco de la cantidad restante que haya que adquirir, siempre que se conozca, de manera que estas puedan determinar sus obligaciones pendientes. También podría discutirse la cuestión en la Guía para la incorporación al derecho interno.

[34] Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si esta disposición supone un procedimiento electrónico y, de ser así, si conviene incorporarla en el párrafo 2 b) y, en el caso de los procedimientos no electrónicos, introducir una nueva disposición para exigir que la entidad adjudicadora proporcione los documentos previstos en el artículo 26 del actual texto de la Ley Modelo después de cada nueva publicación. Además, las disposiciones implican procedimientos que empiezan con un anuncio público, es decir, los procedimientos realizados en virtud de los capítulos II y III de la Ley Modelo.

de pasar a ser parte en el acuerdo marco en la publicación o publicaciones en que se hizo la solicitud inicial[35]; o

b) Si el acuerdo marco se administra electrónicamente, se mantiene copia de la solicitud inicial y del aviso de adjudicación del acuerdo marco en [el sitio web u otra dirección electrónica] consignada [artículo 51 *novies* g) *supra*].

3) Los proveedores y contratistas podrán [adherirse al acuerdo marco abierto] en cualquier momento de su vigencia. [Las solicitudes para pasar a ser parte] incluirán toda la información especificada por la entidad adjudicadora al solicitar por primera vez la participación en el proceso de adjudicación.

4) La entidad adjudicadora evaluará todas las proposiciones para pasar a ser partes en el acuerdo marco que se reciban mientras esté en vigor [en un plazo máximo de [...] días], de acuerdo con los criterios de selección establecidos al solicitar por primera vez la participación en el acuerdo marco.

5) El acuerdo marco se concertará con todos los proveedores o contratistas [cualificados] que cumplan los criterios de selección, [y cuyas proposiciones se ajusten a las especificaciones y a cualquier otro requisito adicional previsto en el acuerdo marco,][36] [a menos que por limitaciones técnicas u otras limitaciones de la capacidad sea necesario un número máximo de partes en el acuerdo marco. Toda limitación de ese tipo y el consiguiente número máximo deberá indicarse en el pliego de condiciones [o su equivalente]][37].

6) La entidad adjudicadora notificará sin demora a los proveedores o contratistas si son aceptados como partes en el acuerdo marco.

7) Los proveedores o contratistas que sean admitidos en el acuerdo marco podrán mejorar sus proposiciones en cualquier momento del período de vigencia de este, a condición de que sigan ajustándose a las cláusulas y condiciones del acuerdo marco[38].”

---

[35] Esta disposición se incorporó siguiendo las instrucciones dadas por el Grupo de Trabajo en su 13º período de sesiones, véase el párrafo 129 del documento A/CN.9/648. Sin embargo, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si esta disposición será fácil de aplicar en caso de que se centralicen esos avisos. En la Guía para la incorporación al derecho interno se explicaría que, cuando el acuerdo marco figurara en soporte de papel, el aviso inicial convocando a la participación en el acuerdo marco debería volver a publicarse periódicamente en el mismo lugar donde se hubiera hecho público inicialmente. En los sistemas electrónicos, el aviso estaría permanentemente accesible en el sitio web pertinente, por lo que no sería necesario volver a publicarlo.

[36] El Grupo de Trabajo podría considerar si el texto que figura entre corchetes es superfluo.

[37] Véase la sección III *infra* para un examen del número máximo de partes en un acuerdo marco en la primera etapa, partiendo de una evaluación y clasificación competitivas. Otra formulación podría consistir en concertar el acuerdo marco con todos los proveedores cualificados cuyas proposiciones sean conformes, con sujeción a las limitaciones técnicas y afines (para todos los procedimientos o solo para los de acuerdo marco abierto). Véase también el párrafo 101 del documento A/CN.9/648.

[38] Esta disposición se ha incluido atendiendo a la solicitud formulada por el Grupo de Trabajo en el párrafo 104 del documento A/CN.9/648.

"Artículo [51 *duodecies*]. Segunda etapa de la contratación con acuerdos marco cerrados sin competencia en la segunda etapa

1) Todo contrato adjudicado deberá ser conforme a las condiciones estipuladas en el acuerdo marco y a lo dispuesto en el presente artículo[39].

2) No se adjudicará ningún contrato, en virtud del acuerdo marco, a un proveedor o contratista que no haya sido parte originaria en el acuerdo marco.

3) Las cláusulas de un contrato adjudicado en virtud de un acuerdo marco no se podrán modificar ni apartarse en lo esencial de lo estipulado en el acuerdo marco[40].

4) Si se concierta el acuerdo marco con un proveedor o contratista, la entidad adjudicadora adjudicará un contrato a ese proveedor o contratista, sobre la base de las cláusulas y condiciones del acuerdo marco, enviando un aviso escrito a ese proveedor o contratista.

5) Si se concierta el acuerdo marco con más de un proveedor o contratista, la entidad adjudicadora adjudicará un contrato, sobre la base de las cláusulas y condiciones del acuerdo marco, enviando un aviso escrito a ese proveedor o contratista. Además, la entidad adjudicadora notificará sin demora por escrito a todos los demás proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco el nombre y la dirección del proveedor o contratista a quien se haya enviado el aviso, así como el precio del contrato[41]."

"Artículo [51 *terdecies*]. Segunda etapa de la contratación con acuerdos marco cerrados que prevean competencia en la segunda etapa[42]

1) La adjudicación de todo contrato, en virtud de un acuerdo marco, se efectuará de conformidad con las cláusulas y condiciones de este, incluidas las que rijan la competencia en la segunda etapa, y con las disposiciones del presente artículo[43].

2) No se adjudicará ningún contrato, en virtud del acuerdo marco, a un proveedor o contratista que no haya sido parte originaria en el acuerdo marco.

3) Las cláusulas de un contrato adjudicado en virtud del acuerdo marco no se podrán modificar ni apartarse en lo esencial de ninguna cláusula ni condición del acuerdo marco.

---

[39] Esta disposición se ha incluido atendiendo a la solicitud formulada por el Grupo de Trabajo en el párrafo 111 del documento A/CN.9/648.

[40] El texto de esta disposición se ha alineado con el texto similar que aparece en el artículo 34 2) b), atendiendo a las instrucciones dadas por el Grupo de Trabajo en el párrafo 113 del documento A/CN.9/648.

[41] Esta disposición se ha reformulado atendiendo a las instrucciones dadas por el Grupo de Trabajo en el párrafo 115 del documento A/CN.9/648, como que en la notificación deberían darse a conocer los detalles básicos del contrato adjudicado, entre ellos el precio, y alinearlo con el artículo 51 *terdecies* (según lo dispuesto en el párrafo 116 del documento A/CN.9/648).

[42] Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si el título de este artículo y de los dos artículos siguientes es suficientemente amplio.

[43] Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si esta formulación es suficientemente amplia para abarcar las cláusulas y condiciones no especificadas en el propio acuerdo marco pero sí en lo relativo a la competencia en la segunda etapa.

4) Para cada contrato que se prevea adjudicar se cursará una invitación por escrito a presentar ofertas. La entidad adjudicadora invitará a todos los proveedores o contratistas[44] que sean partes en el acuerdo marco o, cuando corresponda, a todos los proveedores y contratistas [cuya oferta responda en ese momento a las necesidades de la entidad adjudicadora][45] a presentar sus ofertas para el suministro de los elementos que deban adquirirse.

5) La entidad adjudicadora determinará el lugar para la presentación de ofertas, así como la fecha y hora exactas fijadas como límite a tal efecto. Con ese plazo deberá darse a proveedores o contratistas tiempo suficiente para preparar y presentar las ofertas.

6) En la invitación a presentar ofertas:

a) Se reiterarán las cláusulas y condiciones del contrato que se prevea adjudicar;

b) [Siempre que no se hayan notificado en el acuerdo marco] se enunciarán las cláusulas y condiciones del contrato que se prevea adjudicar que hayan de ser objeto de competencia en la segunda etapa;

[c) De ser necesario, se darán más detalles acerca de las cláusulas y condiciones del contrato que se prevea adjudicar;][46]

d) Se reiterarán los procedimientos y los criterios de selección para la adjudicación del contrato previsto;

e) Se darán instrucciones respecto de la presentación de ofertas y el plazo de presentación.

7) La entidad adjudicadora evaluará todas las ofertas recibidas y determinará el ganador de conformidad con los criterios de selección consignados en la invitación a presentar ofertas en la segunda etapa, a que se hace referencia en el párrafo 4) *supra*[47].

8) Con sujeción a los artículos [12, 12 *bis* y otras remisiones apropiadas] de la presente Ley, la entidad adjudicadora aceptará la oferta ganadora, e informará sin demora al proveedor o contratista ganador. La entidad adjudicadora notificará también sin demora a todos los demás proveedores y contratistas que sean partes en el acuerdo marco el nombre y la dirección de

---

[44] Se ha modificado la anterior referencia a “las partes” para eliminar toda ambigüedad en el sentido de que el acuerdo marco pudiera pasar a ser un acuerdo abierto (véase el párrafo 119 del documento A/CN.9/648).

[45] Esta disposición se ha reformulado de conformidad con las instrucciones dadas por el Grupo de Trabajo en el párrafo 119 del documento A/CN.9/648.

[46] Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si con esta formulación en los procedimientos de acuerdo marco en que se prevé competencia en la segunda etapa habría una flexibilidad adecuada en esa etapa (la Directiva de la UE prevé más flexibilidad).

[47] En la Guía se abordará la competencia en la primera etapa, y se explicará que habrá que hacer público si la selección se basará en el precio más bajo ofrecido o en la proposición que, previa valoración, resulte más económica. Véase A/CN.9/WG.I/WP.63.

los proveedores o contratistas cuyas ofertas hayan sido aceptadas y el precio de contratación[48].

9)[49] Sin prejuicio de las disposiciones del artículo [remisión debida a las disposiciones sobre adjudicación de contratos mediante subasta electrónica inversa] y con sujeción a los artículos [12, 12 *bis* y otras remisiones apropiadas] de la presente Ley[50], la entidad adjudicadora aceptará las proposiciones ganadoras, e informará sin demora por escrito a los proveedores o contratistas ganadores. La entidad adjudicadora notificará también sin demora por escrito a todos los demás proveedores y contratistas que sean parte en el acuerdo marco el nombre y la dirección de los proveedores o contratistas cuyas proposiciones hayan sido aceptadas y el precio de contratación."

"Artículo [51 *quaterdecies*]. Segunda etapa de la contratación con acuerdos marco abiertos[51]

1) La adjudicación de todo contrato, en virtud de un acuerdo marco, se efectuará de conformidad con las cláusulas y condiciones de este, incluidas las que rijan la competencia en la segunda etapa, y con las disposiciones del presente artículo.

2) Las cláusulas de un contrato adjudicado en virtud de un acuerdo marco no se podrán modificar ni apartarse en lo esencial de ninguna cláusula ni condición del acuerdo marco.

3) Para cada contrato que se prevea adjudicar se cursará una invitación por escrito a presentar ofertas. La entidad adjudicadora invitará a todos los proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco o, cuando corresponda, a todos los proveedores y contratistas [cuya oferta responda en ese momento a las necesidades de la entidad adjudicadora] a presentar ofertas para el suministro de los elementos que deban adquirirse.

4) En la invitación a presentar ofertas:

a) Se reiterarán las cláusulas y condiciones del contrato que se prevea adjudicar;

b) [Siempre que no se hayan modificado en el acuerdo marco] se enunciarán las cláusulas y condiciones del contrato que se prevea

[48] La Guía para la incorporación al derecho interno remitirá a los correspondientes artículos, en virtud de los cuales la entidad procuradora podrá rechazar todas las ofertas, las ofertas anormalmente bajas, o dar por cancelada la contratación. Se han modificado las anteriores referencias a varios concursantes y proveedores porque el presente artículo se refiere a cada competencia en la segunda etapa en la que hay un proveedor ganador, y no a todas las competencias en la segunda etapa en conjunto.

[49] Se ha suprimido el apartado 4 e), como se indica en el párrafo 122 del documento A/CN.9/648.

[50] En la Guía para la incorporación al derecho interno se explicará que el propósito de esta referencia consiste en permitir que la entidad procuradora pueda rechazar todas las ofertas, las ofertas anormalmente bajas, o dar por cancelada la contratación.

[51] Las disposiciones sobre la segunda etapa de los acuerdos marco en que se prevé competencia se han armonizado, ya que, según la formulación actual, ambas modalidades de acuerdo podrían desarrollarse tanto de forma electrónica como con soporte de papel, con la salvedad de que el párrafo 2 del artículo 51 *quatordecies* no sería aplicable a los acuerdos marco abiertos (véase el párrafo 130 del documento A/CN.9/648).

adjudicar que hayan de ser objeto de competencia en la segunda etapa;

[c) De ser necesario, se darán más detalles acerca de las cláusulas y condiciones del contrato que se prevea adjudicar;]

d) Se reiterarán los procedimientos y los criterios de selección para la adjudicación del contrato previsto; y

e) Se darán instrucciones respecto de la presentación de ofertas.

5) La entidad adjudicadora determinará el lugar para la presentación de ofertas, así como la fecha y hora exactas fijadas como límite a tal efecto. Con ese plazo deberá darse a proveedores o contratistas tiempo suficiente para preparar y presentar las ofertas.

6) La entidad adjudicadora evaluará todas las ofertas recibidas y determinará el ganador de conformidad con los criterios de selección consignados en la invitación a presentar ofertas en la segunda etapa, a que se hace referencia en el párrafo 4) *supra*[52].

7) Sin prejuicio de las disposiciones del artículo [remisión debida a las disposiciones sobre adjudicación de contratos mediante subasta electrónica inversa] y con sujeción a los artículos [12, 12 *bis* y otras remisiones apropiadas] de la presente Ley, la entidad adjudicadora aceptará las proposiciones ganadoras, e informará por escrito sin demora a los proveedores o contratistas ganadores. La entidad adjudicadora notificará también sin demora por escrito a todos los demás proveedores y contratistas que sean parte en el acuerdo marco el nombre y la dirección de los proveedores o contratistas cuyas proposiciones hayan sido aceptadas y el precio de contratación."

"Artículo [51 *quindecies*]. Adjudicación del contrato en virtud de un acuerdo marco

1) El contrato adjudicado, según las cláusulas y condiciones del acuerdo marco, entrará en vigor cuando se emita y envíe al proveedor o contratista ganador un pedido de compra, tal como se prevé en [los artículos ...], o la notificación de aceptación prevista en [los artículos ...].

2) Cuando el precio de contratación en virtud de las disposiciones de la presente sección exceda de [el Estado promulgante indicará una cantidad mínima [o] la cantidad establecida en las reglamentaciones sobre contratación pública], la entidad adjudicadora publicará sin demora aviso de la adjudicación del contrato de cualquiera de las maneras especificadas para la publicación de las adjudicaciones de contratos en el artículo 14 de la presente Ley. La entidad adjudicadora publicará también, de la misma manera o de cualquier otra manera especificada en el acuerdo marco, avisos [trimestrales] de todos los contratos concertados en virtud de un acuerdo marco."

---

[52] En la Guía se explicará que habrá que hacer público si la selección se basará en el precio más bajo ofrecido o en la proposición que, previa valoración, resulte más económica. Véase A/CN.9/WG.I/WP.63.

III. Otras cuestiones que plantea la utilización de procedimientos de acuerdo marco

A. Competencia en la primera etapa

7. El Grupo de Trabajo recordará que los regímenes de contratación pública que prevén acuerdos marco con proveedores múltiples varían ampliamente en lo que respecta a la posibilidad de admitir en el acuerdo marco a todos o solamente a algunos de los proveedores cualificados cuyas ofertas se conceptúen como conformes. Por ejemplo, en el párrafo 2 del artículo 32 de la Directiva de la UE se dispone implícitamente que la entidad adjudicadora puede no admitir a todos los proveedores conformes en el acuerdo marco, pero debe efectuar la selección basándose en los criterios de adjudicación. Más adelante, en la Directiva se añade que, siempre que sea posible, deberán admitirse en el acuerdo marco por lo menos tres proveedores.

8. En cambio, en los Estados Unidos, en la primera etapa las proposiciones se evalúan en función del precio, la calidad y las cualificaciones de los concursantes, pero se excluyen pocos o ninguno de los proveedores cualificados cuyas proposiciones se conceptúan como conformes, porque se da preferencia a la competencia en la segunda etapa, en la que se da a los proveedores una oportunidad justa de competir[53].

9. Las disposiciones enunciadas *supra* se acercan más al modelo de los Estados Unidos que al de la UE, ya que no prevén una selección competitiva entre proveedores cualificados cuyas proposiciones sean conformes en la primera etapa, y se dispone que se invitará a competir a todas las partes cuya oferta responda a las necesidades de la entidad adjudicadora. Si bien con este enfoque se aumentará al máximo el número de proveedores que podrán competir en la segunda etapa, o las opciones previstas en un procedimiento de acuerdo marco sin competencia en la segunda etapa, significa que no hay verdadera competencia en la primera etapa. Los estudios efectuados han demostrado que este enfoque tiene dos efectos: en primer lugar, los proveedores no ofrecen precios bajos en la primera etapa o se limitan a presentar una proposición conforme; y en los sistemas en que toda la competencia se produce en la segunda etapa, las ventajas teóricas de la competencia en la segunda etapa no siempre se dan en la práctica y, de hecho, esa competencia puede ser inadecuada. Además, las entidades adjudicadoras pueden aducir una necesidad práctica de limitar el número de partes a quienes se invita a competir en la segunda etapa (sea o no real esa necesidad), y pueden recurrir a medios no transparentes de hacerlo, no aplicando excepcionalmente los procedimientos normales. Puede resultar difícil rechazar las solicitudes de que se hagan excepciones en el caso de contrataciones pequeñas y reiteradas que no se efectúan electrónicamente. Por último, si en la segunda etapa se invita a competir a los mismos proveedores y estos son pocos, puede aumentar el riesgo de colusión[54].

10. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar las disposiciones sobre competencia en la primera etapa a la luz de las observaciones que anteceden. Por

[53] Para más detalles véase A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1, párrs. 17 a 20.
[54] Para más detalles véase A/CN.9/WG.I/WP.44/Add.1, párrs. 36 a 42.

ejemplo, cabe considerar que en los procedimientos de acuerdo marco cerrados, las ventajas de que haya verdaderamente competencia en la primera etapa pueden superar la desventaja de limitar el número de partes en el acuerdo marco. En cambio, en los acuerdos marco abiertos, sobre todo cuando se administran electrónicamente, puede que se aplique lo contrario.

B. "Clasificación"

11. Si el Grupo de Trabajo considera que debería permitirse limitar el número de partes en el acuerdo marco, tal vez desee mantener las disposiciones sobre evaluación de las proposiciones en la primera etapa y la clasificación (o una expresión parecida) de los proveedores cualificados cuyas ofertas se conceptúen como conformes. El Grupo de Trabajo podría estipular un mínimo de partes para evitar el riesgo de colusión en la segunda etapa.

12. Si no hay ninguna limitación de ese tipo, el Grupo de Trabajo podría considerar que el tiempo y los costos administrativos de evaluar las proposiciones (a diferencia de examinarlas) puede superar los beneficios que aportaría y decidir o bien suprimir la evaluación en la primera etapa o estipular que se trata de una medida optativa.

D. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia a la utilización de acuerdos marco en la contratación pública, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 14º período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.63) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Texto del proyecto de guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia a la utilización de acuerdos marco en la contratación pública de conformidad con la Ley Modelo	3-35
	A. Descripción general de los procedimientos seguidos en los acuerdos marco	4-6
	B. Posibles ventajas y riesgos observados en la utilización de procedimientos de acuerdos marco	7-11
	C. El acuerdo marco	12-18
	D. Controles de la utilización de los procedimientos de los acuerdos marco	19-20
	E. Limitación de la duración del acuerdo marco	21
	F. Requisitos de transparencia	22-27
	G. Requisitos de publicidad	28
	H. Condiciones generales de utilización de los procedimientos de acuerdos marco	29-35
	1. Decisión de recurrir a un procedimiento de contratación pública utilizando el método de los acuerdos marco	29
	2. Obligación de seguir uno de los métodos de adjudicación previstos en la Ley Modelo en la primera etapa del procedimiento del acuerdo marco	30-31
	3. Segunda etapa del procedimiento del acuerdo marco	32-35

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor actual 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) figuran en los párrafos 12 a 85 del documento A/CN.9/WG.I/WP.60, que el Grupo de Trabajo tiene a disposición en su 14º período de sesiones. El principal objetivo del Grupo de Trabajo es actualizar y revisar la Ley

Modelo, a fin de dar cabida en ella a las novedades recientes, incluida la utilización de los acuerdos marco en la contratación pública.

2. La presente nota se ha preparado atendiendo a la petición que el Grupo de Trabajo formuló a la Secretaría en su 13º período de sesiones, en la que le solicitaba que revisara los proyectos de disposición relativos a la utilización de acuerdos marco, así como a los tipos de acuerdos marco y a las condiciones y procedimientos para su utilización[1].

II. Texto del proyecto de guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia a la utilización de acuerdos marco en la contratación pública de conformidad con la Ley Modelo

3. En el texto que figura a continuación se presenta una descripción de los acuerdos marco. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el grado en que se detalla la información expuesta, que es mayor que el de los textos de orientación preparados acerca de muchas de las disposiciones del texto actual de la Ley Modelo, y además estudiarlo teniendo en cuenta la decisión preliminar que adoptó en el sentido de que la versión revisada de la Guía para la incorporación al derecho interno habría de dirigirse ante todo a los legisladores y a las autoridades normativas, y de que los textos de orientación destinados a las entidades adjudicadoras y a otros usuarios podrían insertarse en otras partes del documento o como apéndice o suplemento de la propia Guía. Tratándose de un tema relativamente novedoso, puede ser útil presentarlo en la Guía con mayor detalle, evitando así también las repeticiones y las remisiones entre distintas fuentes. Por otra parte, cabría ajustar más el texto de la Guía para la incorporación al derecho interno al texto de las disposiciones de la Ley Modelo si contuviera menos información de antecedentes. En el proyecto que figura a continuación se han hecho subdivisiones que normalmente no figuran en el texto de la Guía.

A. Descripción general de los procedimientos seguidos en los acuerdos marco

4. Cabe describir los procedimientos seguidos en los acuerdos marco como operaciones encaminadas a efectuar reiteradas adquisiciones de un producto o servicio durante un período concreto. Estas operaciones consisten en lo siguiente:

a) Se solicitan licitaciones u otras ofertas sobre la base de condiciones y requisitos ya establecidos;

b) Se examinan y evalúan las licitaciones u otras ofertas, así como las calificaciones de los proveedores[2];

[1] A/CN.9/648, párr. 13.

[2] En los párrafos 3 a 6 del documento A/CN.9/WG.I/WP.62 se analiza la terminología empleada en este contexto.

c) Proveedores seleccionados y la entidad adjudicadora celebran un acuerdo marco basado en las licitaciones u otras ofertas. En el acuerdo marco se estipulan las condiciones y requisitos para futuras adquisiciones y se fija la duración del acuerdo (esta es la "primera etapa de la contratación"); y

d) Ulteriormente se cursan periódicamente pedidos al proveedor o a los proveedores conforme a lo estipulado en el acuerdo marco, a medida que surgen necesidades concretas (que pueden suponer una nueva ronda de competencia, es decir, la "segunda etapa de la contratación").

5. En general se recurre a los acuerdos marco para efectuar adquisiciones de productos o contratar servicios que una entidad adjudicadora necesite adquirir o contratar reiteradamente durante un determinado período, pero ignore las cantidades exactas que va a precisar, el carácter de sus necesidades y el momento en que van a producirse. En muchos casos, las adquisiciones podrían efectuarse, de otro modo, con un único pedido, dividido en partes y entregado en sucesivos plazos. En lo esencial, las operaciones determinan las principales condiciones en las que se efectuarán las adquisiciones (o establecen el mecanismo que se empleará para determinar esas condiciones), pero no fijan las cláusulas restantes, que pueden ser las referentes a las cantidades que deberán entregarse en un determinado momento y, en algunos casos, a la cantidad global contratada y su precio. En la descripción que figura más arriba se hace referencia a los "proveedores", pero toda entidad adjudicadora que desee celebrar un acuerdo marco con un único proveedor (por ejemplo, para lograr una mayor seguridad en los suministros) puede hacerlo.

6. Desde que en 1994 se adoptó la primera versión de la Ley Modelo (en la que no figuraba ninguna disposición relativa a los acuerdos marco), la celebración de acuerdos marco ha aumentado hasta tal punto que, en los sistemas que recurren a ellos, un gran porcentaje de los procedimientos de contratación pública pueden realizarse actualmente por este método. Cabe argumentar que algunos tipos de acuerdo marco pueden funcionar sin que estén específicamente regulados en la Ley Modelo, pero se consideró que sería necesario adoptar disposiciones concretas para reglamentar su correcta utilización y asegurar que se aborden adecuadamente los problemas específicos que plantean los acuerdos marco.

B. Posibles ventajas y riesgos observados en la utilización de procedimientos de acuerdos marco

7. El principal beneficio potencial de la utilización de acuerdos marco radica en la eficiencia administrativa de esos acuerdos, ya que con ello se reagrupan efectivamente varios procedimientos de contratación. En un procedimiento de un acuerdo marco se adoptan una sola vez muchas medidas del proceso de contratación pública que, de no ser así, habrían de adoptarse varias veces en el marco de varios procedimientos de contratación (por ejemplo, la publicidad, la evaluación de las calificaciones de los proveedores y el examen y evaluación de las licitaciones u otras ofertas). Al haberse fijado los requisitos y condiciones antes de hacer un pedido, las adquisiciones pueden efectuarse con gastos inferiores en las operaciones pertinentes y los plazos de entrega o prestación son más breves de lo que serían si cada adquisición debiera contratarse por separado. Entre otras ventajas observadas cabe destacar el aumento de la transparencia y de la competencia en adquisiciones

de pequeña envergadura, acerca de las cuales se teme a veces el riesgo de que se produzcan abusos o de que no se obtenga el valor adecuado por el dinero pagado debido a las condiciones de menor transparencia y apertura en que a menudo se realizan esos procedimientos (en muchos casos, porque no se alcanzan los niveles mínimos pertinentes). Además, con el agrupamiento de una serie de pequeñas contrataciones pueden amortizarse gastos de publicidad y de otra índole y puede facilitarse la supervisión del proceso. Los acuerdos marco también pueden garantizar los suministros y contribuir a economizar gastos mediante la contratación centralizada (es decir, cuando una dependencia central de una entidad se encarga de efectuar adquisiciones para varias dependencias, o cuando una entidad o consorcio efectúa tales adquisiciones por encargo de varias entidades).

8. Así pues, la utilización de acuerdos marco podría contribuir, en particular, al cumplimiento de dos objetivos de la Ley Modelo (la transparencia y la eficiencia), particularmente en los procedimientos de adjudicación que, de emplearse otro método, podrían escapar a muchos de los controles de un sistema de contratación pública.

9. Sin embargo, los comentaristas han planteado al respecto varios inconvenientes, como el de que el logro de una mayor eficiencia administrativa puede ir en detrimento de otros objetivos de la contratación pública. Por ejemplo, si se recurre a acuerdos marco simplemente para lograr una mayor eficiencia administrativa se corre el riesgo de obtener un valor o calidad inferior cuando esos acuerdos no sean el instrumento adecuado para la contratación pertinente. Cabe la posibilidad de que las entidades adjudicadoras recurran a la contratación mediante un acuerdo marco existente que no satisfaga sus necesidades para no tener que redactar sus propias especificaciones y sus requisitos y condiciones ni publicar un aviso de contratación pública, ni examinar las calificaciones de los proveedores, ni llevar a cabo un análisis y una evaluación completas de las ofertas, entre otras cosas.

10. En segundo lugar, la experiencia ha demostrado que los procedimientos sustanciados mediante acuerdos marco entrañan notables riesgos para la transparencia, la competencia y la relación entre el precio y la calidad, todo lo cual puede disminuir considerablemente si se recurre a tales acuerdos y no a métodos tradicionales de contratación. En lo que respecta a la transparencia, la realización de pedidos durante la segunda etapa puede resultar menos transparente y prestarse más a abusos que si se recurre a algunos métodos tradicionales de contratación. En cuanto a la competencia, el hecho de excluir a los proveedores que no sean partes en el acuerdo marco puede mermar la competencia, en particular dando lugar a un mercado en forma de monopolio o de oligopolio, y, una vez aplicado el acuerdo marco, puede ser difícil promover la competencia en la práctica. Respecto de la calidad o del valor obtenido por el dinero pagado algunos observadores han puesto de relieve la posibilidad de que los precios no se mantengan al día ni sean competitivos, pues en un acuerdo marco suelen permanecer invariables, en vez de fluctuar en función del mercado; además, las entidades adjudicadoras tienden a dar mayor importancia a las especificaciones o a la calidad que al precio al cursar pedidos en el contexto de acuerdos marco, y puede ocurrir que no evalúen suficientemente el precio y la calidad al hacer un determinado pedido. Además, las entidades centralizadas que se encargan de adquisiciones pueden estar interesadas en mantener altas las ganancias que obtienen y, por esta razón, tal vez tiendan a

mantener los precios altos y a promover adquisiciones que no sean estrictamente necesarias. Estos problemas y riesgos pueden ser de considerable importancia si los acuerdos marco son de larga duración.

11. Por consiguiente, el análisis de las disposiciones que permitirían recurrir a procedimientos de acuerdos marco de conformidad con la Ley Modelo tiene por objeto dar facilidades a los interesados para que utilicen esa técnica de forma apropiada y beneficiosa y, al mismo tiempo, desalentar su empleo cuando realmente no constituya el método más apropiado. Por ejemplo, estos procedimientos pueden ser adecuados para la adquisición de productos como artículos de oficina, piezas de repuesto, suministros de tecnología informática y servicios de mantenimiento, adquisiciones cuyas cantidades suelen variar, y también para la adquisición de productos de más de una fuente, como en el caso de la electricidad, y de productos que a veces pueden requerirse con urgencia, como los medicamentos; asimismo, estos procedimientos sirven también para asegurar los suministros en la contratación pública. Por otra parte, esta técnica no sería idónea en procedimientos de contratación complejos en los que variaran para cada adquisición los requisitos y condiciones (inclusive las especificaciones), concretamente en el caso de los contratos de grandes inversiones o con gran volumen de capital, en las adquisiciones de artículos sumamente técnicos o especializados y en los procedimientos de adjudicación de servicios más complejos.

C. El acuerdo marco

12. Un acuerdo marco, según las estipulaciones que contenga y la legislación que rija los acuerdos celebrados por entidades adjudicadoras en un determinado Estado promulgante, puede ser un contrato vinculante. Sin embargo, a efectos del artículo 2 g) de la Ley Modelo, el acuerdo marco no es asimilado a un contrato de adjudicación. El contrato de adjudicación, para los fines del artículo 2 g) de la Ley Modelo, se celebra en la segunda etapa del procedimiento, cuando la entidad adjudicadora emite un aviso de aceptación (es decir, una comunicación por la que acepta la oferta del proveedor de suministrar la cantidad solicitada por la entidad adjudicadora en esa etapa) de conformidad con el artículo [13/36] de la Ley Modelo. Así pues, las disposiciones que regulan la celebración de acuerdos marco abarcan a la vez la primera y la segunda etapa del procedimiento pertinente de contratación.

13. El procedimiento para la celebración de acuerdos marco puede revestir una de las tres siguientes formas:

a) Un procedimiento “cerrado” conforme al cual se celebra un acuerdo marco con uno o más proveedores y en cuyas cláusulas se fijan las especificaciones para el procedimiento de contratación, así como todos los requisitos y condiciones pertinentes. De este modo, ya no existe competencia entre los proveedores en la segunda etapa del procedimiento de adjudicación, y la única diferencia entre este tipo de procedimiento de acuerdo marco y los procedimientos tradicionales de contratación pública radica en que los productos se adquieren en remesas escalonadas durante un determinado período (acuerdos marco del “tipo 1”);

b) Un procedimiento “cerrado” conforme al cual se celebra un acuerdo marco con uno o más proveedores y en cuyas cláusulas se fijan las especificaciones y los principales requisitos y condiciones del procedimiento de contratación. En este

procedimiento debe haber competencia, en la segunda etapa del procedimiento de adjudicación, entre los proveedores que sean partes en el acuerdo marco para que pueda adjudicarse el contrato (acuerdos marco del "tipo 2");

c) Un procedimiento "abierto" en el que se celebra un acuerdo marco con uno o más proveedores y en el que, durante la segunda etapa, hay competencia entre los proveedores que son partes en el acuerdo (acuerdos marco del "tipo 3"). Este tipo de acuerdo marco tiene por objeto suministrar bienes de uso corriente sin requisitos de adquisición o servicios recurrentes y sencillos que normalmente se compran en función del precio más bajo [agréguese aquí un comentario sobre si esos acuerdos deben tramitarse electrónicamente, o si debe alentarse su tramitación electrónica, a fin de beneficiarse al máximo de las ventajas que el sistema puede entrañar, en función de lo que decida el Grupo de Trabajo sobre si pueden tramitarse por vía no electrónica].

14. Los acuerdos marco de los tipos 1 y 2 son "cerrados" por el hecho de que ningún proveedor o contratista puede pasar a ser parte en ellos después de la primera etapa del proceso de contratación. Los acuerdos marco del tipo 3 están "abiertos" a nuevos proveedores durante todo el período de vigencia de dichos acuerdos.

15. Los acuerdos marco del tipo 1 pueden celebrarse con un único proveedor, pero se considera que los acuerdos marco del tipo 2, que en teoría podrían celebrarse con un único proveedor, entrañan un notable riesgo de abusos por el hecho de que inducirían a invitar a ese único proveedor a que mejorara su oferta para una determinada adquisición con arreglo al acuerdo marco. Por consiguiente, los acuerdos marco de los tipos 2 y 3 que se celebren de conformidad con la Ley Modelo deben concertarse con más de un proveedor.

16. Las principales diferencias entre los distintos tipos de procedimientos de acuerdos marco radican en que [agréguese aquí un comentario sobre el alcance de la competencia durante la primera etapa, en función del modo en que el Grupo de Trabajo resuelva la cuestión de si la primera etapa es competitiva en algunos tipos de acuerdos marco o en todos ellos]. Se exige también a la entidad adjudicadora que justifique y haga constar en el expediente del procedimiento el motivo por el que ha optado por un determinado tipo de acuerdo marco [analícense las repercusiones de la selección del nivel de competencia en la primera etapa]. Las principales diferencias en la segunda etapa estriban en que los acuerdos marco de los tipos 2 y 3 prevén competencia en la segunda etapa entre todos los proveedores que sean partes en un determinado acuerdo marco, o entre todos aquellos que estén en condiciones de satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora en el caso pertinente (con procedimientos que se enuncian en [remisión]).

17. Existen disposiciones suplementarias que rigen la utilización de los procedimientos aplicables a los acuerdos marco del tipo 3 [remisión al texto de orientación pertinente], cuya finalidad es asegurar que todo nuevo proveedor o contratista tenga pleno acceso a los acuerdos de este tipo durante todo su período de vigencia y dar a estos la suficiente difusión para que los proveedores o contratistas potenciales tengan conocimiento de ellos. Así pues, en el sitio de una entidad adjudicadora en Internet debe figurar un aviso permanente de la existencia de un acuerdo marco del tipo 3 que funciona por vía electrónica [y, en cada caso, debe publicarse de nuevo el aviso inicial del procedimiento del acuerdo marco del tipo 3

cuando dicho procedimiento no se sustancie por vía electrónica], en el que se indique toda la información requerida siempre que se publica por primera vez un aviso de convocatoria a participar en el procedimiento pertinente de contratación. Las entidades adjudicadoras están obligadas a evaluar las calificaciones de los nuevos proveedores y contratistas que se presenten y a examinar [y analizar] sus ofertas en un plazo razonable. La Ley Modelo no prescribe el plazo pertinente que los Estados promulgantes deben fijar en su legislación en función de las circunstancias que se den en un momento dado en el Estado de que se trate [analícese el mejoramiento de las ofertas y la cuestión de si es preciso que la entidad adjudicadora las apruebe, a fin de tener en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre lo dispuesto en el artículo 51 *undecies* 7)].

18. [Insértense aquí las disposiciones relativas al número máximo de partes en un procedimiento de un acuerdo marco del tipo 3, de modo que se tengan en cuenta las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo al respecto].

D. Controles de la utilización de los procedimientos de los acuerdos marco

19. En el texto de la Ley Modelo se prevén controles de la utilización de los procedimientos aplicables a los acuerdos marco con el fin de hacer frente a los problemas antes expuestos. Existen requisitos para la aplicación de los procedimientos de los acuerdos marco, así como procedimientos de carácter imperativo para seguir los primeros. Toda entidad adjudicadora que desee recurrir a un procedimiento de un acuerdo marco deberá seguir uno de los métodos de contratación que prevea la Ley Modelo para seleccionar a los proveedores que serán partes en el acuerdo marco (la primera etapa). Además, los procedimientos propiamente dichos se han redactado con la finalidad de garantizar una competencia suficiente para los casos en que se prevea una segunda ronda competitiva, haciéndose extensivas las disposiciones de la Ley Modelo a la segunda etapa del procedimiento de contratación. No obstante, el Grupo de Trabajo ha tratado de no mermar la utilidad de los acuerdos marco ni su eficiencia administrativa formulando excesivos requisitos para su utilización o demasiados procedimientos inflexibles.

20. Según se ha observado en la experiencia práctica del funcionamiento de los acuerdos marco, la utilización de estos permite obtener el máximo valor o la calidad óptima por el dinero abonado cuando las entidades adjudicadoras recurren plenamente a esos acuerdos para efectuar sus adquisiciones, en vez de convocar nuevos procedimientos para los productos o servicios pertinentes. Cuando los proveedores y contratistas observen que se recurre plenamente a los acuerdos marco, deberían confiar más en que la entidad adjudicadora les cursará pedidos de suministros y deberían ofrecer en consecuencia los mejores precios y una calidad óptima. Por otra parte, las disposiciones no exigen de la entidad adjudicadora que recurra al acuerdo marco para efectuar todas las adquisiciones subsiguientes que quepa hacer en virtud del acuerdo y le permiten decidir en qué grado van a recurrir a dicho acuerdo en función de consideraciones comerciales. Sin embargo, las propias cláusulas del acuerdo marco pueden limitar la flexibilidad comercial si en una de ellas se garantizan cantidades mínimas, si bien esa flexibilidad debería ponderarse frente a las ventajas de que los proveedores ofrezcan mejores precios.

E. Limitación de la duración del acuerdo marco

21. En la Ley Modelo figura una disposición por la que se limita la duración de los acuerdos marco. Habida cuenta de que, de conformidad con un acuerdo marco, no se puede adjudicar un contrato a un proveedor o contratista que no sea parte en dicho acuerdo marco, los acuerdos de esta índole pueden tener algún efecto de competencia desleal. En general, se considera que ese riesgo potencial se puede limitar restringiendo la duración de un acuerdo y requiriendo que las adquisiciones subsiguientes sean objeto de nuevas ofertas competitivas por parte de los interesados; de este modo se puede asegurar la plena competencia para las adquisiciones que se pretenda efectuar de forma periódica. [El Estado promulgante fija su propio límite (pues en la Ley Modelo propiamente dicha no se enuncia ningún límite concreto). A juzgar por la experiencia adquirida en la práctica en los Estados que tramitan acuerdos marco, en general es más probable que los beneficios potenciales de esta técnica se materialicen cuando estos acuerdos tienen una duración suficientemente larga, por ejemplo de 3 a 5 años, de modo que permitan realizar varios procedimientos de contratación]. Transcurrido este plazo, es posible que se produzcan estos efectos de competencia desleal y que las cláusulas y condiciones de un acuerdo marco ya no reflejen las condiciones reinantes en el mercado. Dado que diversos tipos de productos o servicios pueden cambiar más rápidamente, especialmente cuando pueda haber una evolución tecnológica, y dado que la duración óptima para cada procedimiento de contratación puede por ello resultar más breve que la máxima, se alienta a los Estados promulgantes a que den orientación sobre la duración apropiada para cada método concreto de contratación, y dichos Estados tal vez deseen animar a las propias entidades adjudicadoras a evaluar periódicamente, durante la vigencia del acuerdo marco, las estipulaciones de este para cerciorarse de si siguen siendo de actualidad.

F. Requisitos de transparencia

22. Los pliegos de condiciones para la adopción de un procedimiento de acuerdo marco deben seguir las reglas normales: fijar las condiciones a las que los proveedores deberán atenerse para suministrar los bienes, proceder a las obras o prestar los servicios que vayan a contratarse, los criterios en que se basará la selección de los proveedores o contratistas ganadores, así como los procedimientos para la adjudicación de los contratos que sean objeto del procedimiento y se regulen por el acuerdo marco. En la información requerida deberá también consignarse la cantidad total o las cantidades mínimas o máximas para las adquisiciones previstas con arreglo al acuerdo marco, siempre que se conozcan dichas cantidades en la primera etapa del procedimiento; en caso contrario, deberán facilitarse estimaciones. El requisito de proporcionar esta información tiene por objeto hacer comprender a los proveedores o contratistas el alcance de sus obligaciones y de conseguir así que puedan presentar ofertas con los mejores precios y una calidad óptima. Por lo tanto, también es aplicable la salvaguardia normal consistente en el deber de revelar previamente todos los requisitos y condiciones del procedimiento de contratación (inclusive las especificaciones y la información relativa a si la selección de los proveedores se hará en función del precio más bajo o de la oferta u otra licitación que, según la evaluación, resulte más baja). Esta información debe repetirse en el

texto del propio acuerdo marco, o bien puede adjuntarse el pliego de condiciones como anexo del acuerdo marco, si ello resulta factible y contribuye a la eficiencia administrativa y siempre que en el ordenamiento jurídico del Estado interesado se considere que los anexos son parte integrante de un documento.

23. En el pliego de condiciones y en los acuerdos marco se enuncian todos los requisitos del procedimiento de adjudicación, salvo los plazos de entrega y las cantidades, que se fijan al efectuar cada adquisición y, de ser necesario, se enuncian también las otras condiciones que se determinarán al efectuarse cada adquisición durante la segunda etapa del procedimiento [remisión al texto de orientación relativo a los procedimientos aplicables a la segunda etapa].

24. La "índole y las características técnicas y de calidad que, conforme al artículo 16, deban tener los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar, con indicación de, por lo menos, las especificaciones técnicas y los planos, dibujos o diseños que correspondan" (descripción extraída del artículo 27 d) de la Ley Modelo) forman parte de esos requisitos y condiciones, al igual que los procedimientos que serán aplicables para efectuar adquisiciones durante la segunda etapa. Así, en el pliego de condiciones y en el acuerdo marco se especificará o bien que el contrato se someterá a competencia durante la segunda etapa y conforme a las condiciones aplicables, o bien que el contrato constituirá la base para toda adquisición sin competencia durante la segunda etapa [remisión al comentario sobre la elección de la forma de asignar las adquisiciones durante la segunda etapa en el caso de los acuerdos marco del tipo 1].

25. Un aspecto de la selección que resulta más complejo en el contexto de los acuerdos marco que en los métodos tradicionales de contratación pública es el peso relativo que, en su caso, debe atribuirse a los distintos criterios de selección para ambas etapas del procedimiento de contratación. Tratándose en concreto de las adquisiciones centralizadas que se efectúen de forma escalonada durante un período largo, el hecho de permitir que la entidad adjudicadora proceda a esa ponderación entre los criterios y decida su utilidad solo cuando proceda a efectuar una adquisición (es decir, durante la segunda etapa del procedimiento) puede suponer ventajas en la relación entre calidad y precio y en la eficiencia administrativa. Por otra parte, las consideraciones de transparencia, la objetividad del proceso y la necesidad de impedir que se modifiquen los criterios de selección durante un procedimiento de contratación son elementos primordiales de la Ley Modelo, cuya finalidad es prevenir toda manipulación abusiva de esos criterios, así como la aplicación de criterios vagos y amplios a los que pudiera recurrirse para favorecer a determinados proveedores. Si se permitiera modificar el peso relativo de cada criterio de selección durante el período de vigencia de un acuerdo marco, se correría el riesgo de propiciar modificaciones de esos criterios sin la necesaria transparencia o de forma abusiva.

26. En la Ley Modelo se intenta tener en cuenta estos objetivos concurrentes previendo la posibilidad de modificar los pesos relativos con la ponderación de los criterios durante la segunda etapa dentro de un margen o de unos parámetros preestablecidos en el pliego de condiciones, siempre y cuando la modificación no entrañe un cambio esencial de las condiciones ni de las especificaciones ni de los criterios globales de selección.

27. Las disposiciones requieren asimismo que el acuerdo marco conste por escrito, a fin de que los requisitos y las condiciones que deba cumplir cada parte estén claramente especificados. Los Estados promulgantes tal vez deseen permitir la celebración de acuerdos marco separados con cada proveedor que sea parte en el acuerdo, de modo que las condiciones puedan modificarse ligeramente por razones de propiedad intelectual cuando los proveedores hayan presentado ofertas para solo una parte del contrato adjudicable o por otras razones, siempre y cuando todas estas leves modificaciones no se aparten en lo esencial de los requisitos y condiciones aplicables a todos los proveedores o contratistas. Además, cuando un acuerdo marco se haya celebrado con varios proveedores, cada uno de ellos deseará conocer de entrada y periódicamente, durante la vigencia del acuerdo, el alcance de sus obligaciones (por ejemplo, tras efectuar una adquisición con arreglo al acuerdo marco). Los Estados promulgantes tal vez deseen también alentar a las entidades adjudicadoras a informar a los proveedores o contratistas del alcance de sus obligaciones [insértese aquí un comentario sobre el alcance o la duración de la obligación contraída, y una remisión a las disposiciones de notificación de la segunda etapa]. Por último, en el caso de los acuerdos marco que se tramitan electrónicamente, el pliego de condiciones deberá contener toda la información necesaria para que el procedimiento pueda discurrir con eficacia (por ejemplo, los requisitos técnicos o detalles sobre la conexión), así como el sitio en Internet o una dirección similar que tenga la entidad adjudicadora donde se consigne la información relativa al procedimiento de contratación pública [remisión a los debates sobre los sitios de Internet en la contratación electrónica].

G. Requisitos de publicidad

28. Se ha expresado el temor de que los mecanismos ordinarios de publicidad previstos en los sistemas de contratación pública no puedan aplicarse a los acuerdos marco (al no constituir contratos adjudicables) ni a algunos contratos adjudicados con arreglo a dichos acuerdos (si están por debajo del límite a partir del cual existe la obligación de publicidad). La Ley Modelo aborda esas reservas disponiendo que deberá darse publicidad a la celebración de todo contrato marco, como si se tratara de un contrato adjudicado en virtud de la Ley Modelo[3] [insértese aquí el análisis sobre la información que debe publicarse, en función de lo que decida al respecto el Grupo de Trabajo]. Además, cuando el precio de un contrato adjudicado o de un pedido de adquisición concertado con arreglo a un acuerdo marco sea superior a la suma que deberá fijar cada Estado promulgante, la entidad adjudicadora deberá publicar sin demora un aviso de la adjudicación. Además, la entidad adjudicadora deberá publicar periódicamente anuncios de todos los contratos adjudicados en virtud de un acuerdo marco. Estos requisitos complementan a las notificaciones que deben darse a todos los proveedores que sean parte del acuerdo marco cuando se efectúe una adquisición [remisión a las disposiciones pertinentes].

[3] El Grupo de Trabajo ha convenido en que se enmiende el artículo 14 de la Ley Modelo, que exime de publicidad a las adjudicaciones por debajo de cierto precio, a fin de dar cabida en él a los acuerdos marco. Conforme a esta enmienda, la suma determinante no será la cantidad equivalente a la suma de los distintos pedidos de adquisición ni la cantidad adjudicada a un determinado proveedor sino la suma global prevista en el acuerdo marco.

H. Condiciones generales de utilización de los procedimientos de acuerdos marco

1. Decisión de seguir un procedimiento de contratación pública utilizando el método de los acuerdos marco

29. La entidad adjudicadora está obligada a estudiar la cuestión de si es apropiado recurrir al procedimiento de los acuerdos marco para la adjudicación de un determinado contrato y a hacer constar, en el expediente obligatorio del procedimiento, el motivo por el que estime justificado recurrir a tal procedimiento. En virtud de la Ley Modelo, una entidad adjudicadora podrá recurrir al procedimiento del acuerdo marco para adjudicar un contrato, siempre que cumpla las condiciones prescritas, a saber, cuando se prevea que las adquisiciones deberán efectuarse reiteradamente o cuando la naturaleza de la contratación sea tal que los artículos de que se trate puedan requerirse urgentemente durante el período de vigencia del acuerdo marco (por ejemplo, los suministros médicos de emergencia que puedan necesitarse a raíz de una catástrofe), así como para garantizar los suministros. Así pues, un procedimiento basado en un acuerdo marco puede fomentar una planificación adecuada de la contratación y evitar la utilización innecesaria de procedimientos de "emergencia" en situaciones ordinarias. La naturaleza del contrato adjudicado determinará si el procedimiento del acuerdo marco es el adecuado para el caso de que se trate [remisión al análisis anterior sobre los tipos de contratación que se prestan o no a tal procedimiento] y, además, si la Ley Modelo lo autoriza. Los Estados promulgantes tal vez deseen dar orientación a las entidades adjudicadoras sobre los criterios para adoptar una decisión al respecto.

2. Obligación de seguir uno de los métodos de adjudicación previstos en la Ley Modelo en la primera etapa del procedimiento del acuerdo marco

30. La entidad adjudicadora que desee celebrar un acuerdo marco deberá seguir uno de los procedimientos de contratación prescritos en la Ley Modelo para seleccionar el proveedor o los proveedores que vayan a ser partes en el acuerdo marco previsto. Deberá por lo tanto aplicar un procedimiento de adjudicación abierto, a fin de garantizar que durante la primera etapa de la contratación haya una estricta competencia. Por ello, debería normalmente utilizar el procedimiento de convocatoria a licitación o el procedimiento equivalente para la contratación de servicios que prevé la Ley Modelo, al igual que en cualquier otro método de contratación. Con miras a facilitar la utilización de los acuerdos marco para proteger las fuentes de suministro en los mercados limitados, así como la entrega rápida y rentable de artículos de bajo costo que se soliciten de forma reiterada y urgente, como los servicios de mantenimiento o limpieza, para los que los sistemas abiertos de licitación pudieran no resultar económicamente interesantes, cabría utilizar otros métodos si estuvieran justificados en virtud del capítulo II de la Ley Modelo. Dado que en esta etapa de la contratación se utilizará uno de los otros métodos de adjudicación, las disposiciones que regulan los procedimientos de acuerdos marco [Si el Grupo de Trabajo decide exigir procedimientos abiertos para los acuerdos marco abiertos, agréguese un comentario aquí. Añádase un análisis sobre la importancia de la competencia durante la primera etapa, a fin de que esa competencia dé lugar a un acuerdo marco y no a una lista de proveedores, así como un comentario sobre el número mínimo y máximo de partes, los criterios para la

selección y la clasificación, en función de las conclusiones a que llegue el Grupo de Trabajo sobre todo ello en sus deliberaciones].

31. Las disposiciones exigen que, al término de la primera etapa, la entidad adjudicadora notifique la selección a todos los proveedores que hayan sido seleccionados para participar en el acuerdo marco, y que publique un aviso de celebración del acuerdo marco (en el que se mencionen esas partes seleccionadas) [agréguese todo otro requisito], como si se tratara de un contrato adjudicable en el sentido de la Ley Modelo. Además, en el caso de los acuerdos marco del tipo 3, la entidad adjudicadora debe publicar un aviso permanente o periódico sobre la existencia del acuerdo marco [remisión al comentario pertinente].

3. Segunda etapa del procedimiento del acuerdo marco

32. En un procedimiento de acuerdo marco del tipo 1, la entidad adjudicadora procede a adjudicar el contrato pertinente seleccionando la oferta presentada por el proveedor ganador. Cuando exista más de un proveedor que sea parte en el acuerdo marco [especifíquese cómo se efectúa la selección e indíquense los métodos permitidos o no permitidos] y la entidad adjudicadora aplica las cláusulas y condiciones del acuerdo marco. Las disposiciones prevén salvaguardias con objeto de evitar que el acuerdo marco sufra alteraciones fundamentales durante esta segunda etapa, para asegurar que el proveedor seleccionado para la adquisición sea parte en el acuerdo marco y que las adquisiciones efectuadas con arreglo a dicho acuerdo se ajusten a sus estipulaciones. Para la publicidad y el envío de notificaciones se prevén disposiciones similares a las que se aplican a los propios acuerdos marco, pero que exigen además que se revele el precio de cada adquisición a los proveedores que sean partes en el acuerdo marco, aunque permitiendo el agrupamiento, a efectos de publicidad, de varias adquisiciones de pequeña envergadura.

33. En los acuerdos marco del tipo 2 o del tipo 3, las disposiciones regulan el procedimiento competitivo de la segunda etapa para la selección del proveedor al que se adjudicará la compra. Exigen una invitación escrita a presentar una [oferta] en la que se detalle toda la información pertinente, inclusive el peso relativo de los criterios de selección conforme al margen o a los parámetros fijados en el pliego de condiciones y, de ser necesario, condiciones más concretas, y que la invitación deje a los proveedores un margen de tiempo suficiente para preparar sus [ofertas]. La invitación no puede modificar las condiciones del mercado ya comunicadas, a reserva de la determinación de los pesos relativos, cuando sea necesario. Las [ofertas] deben evaluarse en función de los criterios ya revelados en la primera etapa (a reserva de la determinación de un peso relativo que entre en los parámetros permitidos) y el proveedor que haya presentado la oferta ganadora debe ser informado de que ha sido seleccionado. A menos que la entidad adjudicadora ejerza su derecho a rechazar todas las [ofertas], a rechazar una [oferta] anormalmente baja o a anular simplemente el procedimiento de adjudicación, con la aceptación de la [oferta] ganadora y el envío de la notificación al proveedor seleccionado queda concertado el contrato de adjudicación. Se aplicarán las mismas salvaguardias y los mismos requisitos de publicidad que para los procedimientos de acuerdos marco del tipo 1.

34. Las medidas descritas tienen por objeto poner de relieve la importancia de un elemento indispensable para evitar que los procedimientos de acuerdos marco no pongan en peligro los objetivos de un sistema de contratación pública: la garantía de que haya una verdadera competencia en la segunda etapa del procedimiento de contratación. Esta necesidad de asegurar una auténtica competencia se traduce en el requisito de que todos los proveedores que sean partes en el acuerdo marco deban ser invitados a presentar ofertas en la segunda etapa, salvo si no han presentado ofertas para la parte pertinente del contrato durante la primera etapa o si no pueden cumplir el contrato propuesto por razones de capacidad u otros motivos, y también en el requisito de que todos los proveedores que sean partes en el acuerdo marco, pero que no hayan sido invitados a presentar ofertas, reciban sin embargo una notificación de los pedidos que se cursarán próximamente conforme a dicho acuerdo. Al ser avisados, los proveedores que hayan quedado excluidos de la segunda etapa competitiva podrán impugnar a tiempo tal exclusión, es decir, antes de que se adjudique el contrato pertinente.

35. [Analícense los mecanismos de reconsideración previstos en el artículo 52]

E. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: vías de recurso, conflictos de intereses y contratación de servicios en la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 14º período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.64) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-4
II.	Vías de recurso (disposiciones relativas al examen a nivel de los países)	5-9
III.	Conflictos de intereses en la contratación pública	10-33
	A. Antecedentes	10-16
	B. El carácter de los conflictos de intereses en la contratación pública	17-18
	C. Los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción	19
	D. Forma de enfocar la reglamentación de los conflictos de intereses	20-33
IV.	Contratación de servicios	34-37

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor que realiza actualmente el Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) en lo relativo a la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (en adelante la "Ley Modelo") (A/49/17 y Corr.1, anexo I) figuran en los párrafos 12 a 85 del documento A/CN.9/WG.I/WP.60, que está a disposición del Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones. La principal tarea del Grupo de Trabajo consiste en actualizar y revisar la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta los últimos acontecimientos.

2. En su noveno período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que recientemente había entrado en vigor la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[1] y que aunque los elementos principales de sus disposiciones relativas

[1] El texto de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción puede consultarse en www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html. La Convención entró en vigor el 14 de diciembre de 2005, a raíz de la ratificación del texto por 30 signatarios. Los objetivos de la Convención son promover, facilitar y apoyar: i) las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción, ii) la cooperación internacional y la asistencia técnica en

a la contratación pública se ajustaban a los de la Ley Modelo, los requisitos de las disposiciones relativas al examen a nivel de los países y los que trataban de las vías de recurso y 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[2].

3. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió que en un período de sesiones ulterior consideraría otras directrices en apoyo del principal método de contratación pública de servicios conforme a lo previsto en el capítulo IV de la Ley Modelo (véanse además los párrafos 34 a 37 *infra*).

4. La presente nota ha sido preparada para el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo, a fin de abordar los temas del examen a nivel de los países y las disposiciones relativas a los conflictos de intereses y a la contratación de servicios, que en su 13º período de sesiones el Grupo de Trabajo acordó que consideraría en su 14º período de sesiones[3].

II. Vías de recurso (disposiciones relativas al examen a nivel de los países)

5. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo también examinó las disposiciones relativas a las vías de recurso contenidas en el capítulo VI del texto de la Ley Modelo de 1994. Observó que debido a que las vías de recurso y ejecución de la contratación afectaban a la legalidad de las medidas públicas y a la interacción de la rama ejecutiva y la rama judicial de un determinado Estado, las disposiciones del capítulo VI se habían redactado de manera que se limitaran a orientaciones de carácter general y fueran optativas.

6. A título preliminar en ese período de sesiones el Grupo de Trabajo decidió que:

a) Convendría dar más orientaciones, probablemente en la Guía para la incorporación al derecho interno, sobre las vías de recurso de las que convendría disponer en el derecho interno;

b) En reconocimiento de que existían diferentes sistemas, algunos de los cuales favorecían la reconsideración judicial, mientras que otros reconocían una vía administrativa independiente, el Grupo de Trabajo debía dar a los Estados diversas opciones, habida cuenta de que la Ley Modelo era suficientemente flexible a este respecto y que la independencia de quien efectuara la revisión debía ser una consideración primordial. Si era preciso agregar observaciones respecto de la independencia, podrían formularse en la Guía;

c) La preparación del régimen de la vía de recurso judicial debía dejarse en manos de cada Estado promulgante; y

---

la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos, y iii) la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.

[2] A/CN.9/595, párr. 10.

[3] A/CN.9/648, párr. 17 y anexo.

d) Debía suprimirse la lista de excepciones que figuraba en el párrafo 2) del artículo 52 de la Ley Modelo. Sin embargo, en la Guía para su incorporación al derecho interno debía indicarse que el Estado promulgante tal vez deseara excluir ciertos asuntos del proceso de reconsideración, entre los que podrían figurar algunas de las cuestiones que se enumeraban en dicho artículo, y alguna otra más. En la Guía se debían indicar los motivos que podía haber para dichas exclusiones y explicarse sus repercusiones, como, por ejemplo, el riesgo de que una exclusión impidiera revisar y controlar eficazmente la buena gestión del proceso de contratación[4].

7. En su 14º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en examinar estas cuestiones remitiéndose a las disposiciones existentes del capítulo VI de la Ley Modelo, centrándose en particular en la excepción relativa a la elección del método de contratación pública conforme al apartado a) del párrafo 2) del artículo 52. Esta excepción se criticó por estimarse que el no tener que justificar la elección de un determinado método de contratación se prestaba a muchos abusos en la práctica. No obstante, también se manifestó inquietud en el Grupo de Trabajo y por parte de los comentaristas en el sentido de que si se permitía que la elección de los instrumentos de contratación dentro de cada método de contratación pública fuera objeto de reconsideración (como la utilización de subastas electrónicas inversas y acuerdos marco para adjudicar contratos de contratación), ello podía interferir con la buena realización del proceso de contratación. Además, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar qué repercusiones tendría la presentación de una solicitud de reconsideración en la realización de un proceso de contratación, y si la suspensión del proceso de contratación, de conformidad con lo previsto en el artículo 56, sería apropiada en todos los casos.

8. Al examinar estas cuestiones, el Grupo de Trabajo tal vez desee recordar también que en el apartado d) del párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se exige que los sistemas de contratación incluyan "un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación, para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos conforme al presente párrafo". Este requisito es más estricto que las normas equivalentes que figuran actualmente en la Ley Modelo, ya que es obligatorio y no optativo. El Grupo de Trabajo también podría examinar una nueva Directiva de la Unión Europea en materia de adjudicación de contratos públicos[5]. La Directiva contiene disposiciones detalladas, un "plazo suspensivo" parecido al consignado en el artículo 56 de la Ley Modelo, y da a los tribunales nacionales la facultad, en algunas condiciones, de descartar un contrato firmado, estableciendo que es "ineficaz". Con la Directiva también se ha querido combatir la adjudicación directa de contratos públicos, que es ilegal, y que la Comisión Europea considera la infracción más grave de la legislación comunitaria en materia de contratación pública. También se procura fortalecer las vías de recurso mediante la concesión de una indemnización por daños, además de

[4] A/CN.9/568, párrs. 102 a 113.

[5] Directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifican las directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos, que puede consultarse en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies/remedies_en.htm.

la anulación de la adjudicación. Según algunos comentaristas, uno de los objetivos manifiestos de la nueva Directiva, la eficacia, significa que los sistemas nacionales resultantes no solo deben estar armonizados, sino que han de ser sólidos. A este respecto, el Grupo de Trabajo podría considerar hasta qué punto las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Unión Europea, cuyas disposiciones en materia de reconsideración no son optativas, concuerdan con las de la Ley Modelo, cuyas disposiciones sobre el particular sí son optativas. Las primeras constituyen una reflexión más reciente acerca de la actual forma de enfocar las vías de recurso en la contratación pública.

9. El Grupo de Trabajo también podría examinar si las directrices en apoyo de las disposiciones de reconsideración de la Ley Modelo deberían ampliarse. Las actuales directrices se refieren a la necesidad de que haya un sistema de reconsideración, los retos que plantean las disposiciones normativas de aplicación universal, y los propios procedimientos, pero no se centran en otras cuestiones de política, como la entidad pública en la que estaría situado el órgano de reconsideración, el alcance o la competencia de la reconsideración, si debería permitirse que aparte de los proveedores o contratistas otras personas también pudieran iniciar un proceso de reconsideración, las pruebas y la norma de la prueba, y las vías de recurso que podría ordenar el órgano de reconsideración[6]. Aunque habría grandes variaciones de un sistema a otro, el Grupo de Trabajo quizás estime que un análisis de estas cuestiones normativas podría ayudar a quienes redactan las leyes en los distintos Estados promulgantes.

III. Conflictos de intereses en la contratación pública

A. Antecedentes

10. La expresión “conflicto de interés” se utiliza ampliamente en las operaciones comerciales y jurídicas y en muchos códigos profesionales de conducta. Sin embargo, como señaló la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), “a pesar de que la expresión se utiliza a nivel internacional, se ha producido una gran confusión y han surgido problemas graves, tanto reales como aparentes, porque no hay una definición universalmente aceptada de “conflicto de interés””[7].

11. Sin embargo, hay un elevado grado de consenso respecto del concepto de conflicto de interés real. Se ha dicho que los conflictos de intereses en la esfera de la contratación pública son “circunstancias o situaciones en que el asesoramiento, las conclusiones o las recomendaciones respecto de un determinado procedimiento de adjudicación o proceso de selección para ese procedimiento pueden verse influidos por consideraciones extrínsecas resultantes de otro procedimiento o de los

[6] Para un estudio más completo de las posibilidades normativas relativas a los mecanismos de reconsideración, véase “Constructing a bid protest process: the choices that every procurement challenge system must make”, Gordon, D.I., Public Contract Law Journal, Spring, 2006. El Grupo de Trabajo podría considerar la posibilidad de referirse expresamente a este artículo para facilitar la tarea del legislador.

[7] Véase www1.fidic.org/about/statement21.asp. En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción no se da una definición de la expresión “conflicto de interés”.

intereses privados de los funcionarios a cargo en la entidad procuradora"[8]. La Federación Internacional tiene una definición de conflicto de interés por lo que se refiere a los consultores, conforme a la cual: "en el caso de un consultor hay conflicto de interés cuando un consultor da a un cliente asesoramiento profesional falto de imparcialidad a fin de obtener de ese cliente un beneficio excesivo para sí o para un asociado, lo cual sitúa al consultor en una posición en que sus propios intereses podrían anteponerse a los del cliente." Así pues, estas disposiciones se centran en los conflictos de intereses reales, y no en los aparentes o eventuales[9].

12. En cambio, en el Programa SIGMA (Apoyo a la mejora de las instituciones y los sistemas de gestión pública, una iniciativa conjunta de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y la Unión Europea), se adopta una visión más estricta de los conflictos de intereses, considerándolos "no solo la situación en que hay efectivamente un conflicto inaceptable entre los intereses de un funcionario público en tanto que ciudadano privado y su deber como funcionario público, sino también las situaciones en que parece haber o puede haber un conflicto de interés"[10].

13. También se ha observado que "si bien en última instancia los conflictos de intereses pueden dar lugar a comportamientos corruptos o colusorios, o a fraude por abstenerse deliberadamente de divulgar intereses conflictivos, en sí mismos esos conflictos no constituyen actos de corrupción, colusión o fraude"[11], por lo que suelen abordarse en el marco del fomento de la integridad. En otras palabras, se considera que forman parte de la aplicación del principio general de que las decisiones en materia de contratación pública deben adoptarse de manera justa y transparente, sin parcialidad ni discriminación, y no deben verse influidas por intereses propios ni ventajas personales.

14. Se da un ejemplo de este enfoque en la publicación de la OCDE "Integrity in public procurement: Good practice from A to Z" (Integridad en la contratación

---

[8] Descripción proporcionada a la Secretaría en unas consultas con el Banco Mundial.

[9] La definición puede consultarse en www1.fidic.org/about/statement21.asp.

[10] "Conflict-of-interest policies and practices in nine EU member states: a comparative review" (Estudio comparativo de las políticas y prácticas sobre conflictos de intereses en nueve Estados miembros de la Unión Europea, documento Nº 36 de SIGMA, GOV/SIGMA(2006)1/REV1, que puede consultarse en www.olis.oecd.org/olis/2006doc.nsf/linkto/gov-sigma(2006)1-rev1 (el "documento SIGMA"). En el documento de SIGMA se agrega que "hay un conflicto de interés aparente cuando existe un interés personal que otros pueden razonablemente considerar que influye en los deberes del funcionario público, aunque de hecho puede que no sea así o que esa influencia no sea excesiva. Las posibilidades de que se cuestione la integridad del funcionario y/o la integridad de la organización a que pertenece el funcionario hacen que sea imperativo considerar que es preciso evitar las situaciones de conflicto de interés aparente. Puede haber conflicto de interés aparente cuando un funcionario tiene intereses particulares que en algún momento podrían dar lugar a un conflicto de interés. Sirva de ejemplo el caso de un funcionario público cuyo cónyuge fuera a ser nombrado en las semanas siguientes director ejecutivo o funcionario ejecutivo principal de una sociedad a la que afectara una decisión adoptada recientemente por el funcionario, y que este estuviera enterado de que su cónyuge iba a ser nombrado. Por consiguiente, en la definición básica utilizada aquí se presupone que una persona razonable, sabedora de todas las circunstancias pertinentes, llegaría a la conclusión de que los intereses privados del funcionario podrían influir indebidamente en su conducta o en la adopción de decisiones por su parte".

[11] Observación facilitada a la Secretaría en unas consultas con el Banco Mundial.

pública: Buenas prácticas de la A a la Z), que contiene orientaciones sobre la necesidad de evitar y de encarar las situaciones en que hay conflictos de intereses[12]. En el proyecto revisado del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio[13] figura la siguiente declaración de principios sobre los conflictos de intereses:

> "Ejecución de la contratación
>
> 4. Las entidades contratantes realizarán las contrataciones abarcadas de una manera transparente e imparcial que:
>
> a) sea compatible con el presente Acuerdo, utilizando métodos tales como la licitación pública, la licitación selectiva y la licitación restringida;
>
> b) evite conflictos de intereses; y
>
> c) impida las prácticas corruptas."

15. Conforme a lo dispuesto en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción los sistemas de contratación pública deben abordar, entre otras cosas, la cuestión de los conflictos de intereses en la contratación pública. A este respecto, en el párrafo 1 del artículo 9 se estipula que:

> "Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción. Esos sistemas, en cuya aplicación se podrán tener en cuenta valores mínimos apropiados, deberán abordar entre otras cosas: ...
>
> e) cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación."

16. A la luz de esta recomendación, el Grupo de Trabajo "examinó la recomendación formulada por la Comisión en su 39º período de sesiones de que el Grupo de Trabajo, 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 (A/61/17, párr. 192). El Grupo de Trabajo convino en agregar la cuestión suscitada por los conflictos de intereses a la lista de temas que habrían de examinarse al revisar la Ley Modelo y su Guía (A/CN.9/615, párr. 11)"[14].

---

[12] Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z (OECD, 2007). Puede consultarse el texto en www.oecd.org/document/60/0,3343,en_2649_34135_38561148_1_1_1_1,00.html.

[13] Según el sitio web de la OMC, en diciembre de 2006, los negociadores llegaron a un acuerdo provisional sobre la revisión del texto del Acuerdo multilateral de 1994. El acuerdo de los negociadores es provisional porque será objeto de i) una comprobación jurídica; y ii) un resultado mutuamente satisfactorio del otro aspecto de las negociaciones de un nuevo convenio sobre contratación pública, a saber, relativo a la expansión de la cobertura (es decir, las listas de entidades públicas que van a iniciar procesos de contratación). El texto revisado puede consultarse en http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/PLURI/GPA/W297.doc.

[14] A/CN.9/623, párr. 4.

B. El carácter de los conflictos de intereses en la contratación pública

17. Entre los ejemplos de conflictos de intereses en la contratación pública que se han proporcionado a la Secretaría cabe mencionar los siguientes:

a) Los conflictos entre actividades de consultoría y la contratación de bienes o de obras;

b) Algunos conflictos al realizar actividades de consultoría, por ejemplo, la preparación de las condiciones y la participación en las consiguientes licitaciones;

c) La ejecución de un proyecto o de un estudio y la evaluación de esos proyectos o estudios;

d) El diseño de un proyecto y el estudio de sus repercusiones en el medio ambiente;

e) El asesoramiento dado a la Administración y al comprador, por ejemplo, en casos de privatización;

f) Un conflicto resultante de relaciones familiares o de relaciones personales de otro tipo, como el caso de un proveedor cuya empresa pertenezca total o parcialmente a un funcionario de contratación pública o a su familia, o en el que una actividad de consultoría esté supervisada por un pariente de uno de los principales expertos en el proyecto de que se trate;

g) Otras situaciones en que la perspectiva de obtener una ventaja privada puede influir en la objetividad de una decisión de contratación pública[15].

18. El Grupo de Trabajo también observó que pueden surgir conflictos de intereses, en particular cuando la contratación pública se subcontrata a organismos comerciales, como puede suceder en los sistemas en que se utilizan instrumentos de contratación como acuerdos marco (recurriendo a organismos centralizados de compras públicas) y subastas electrónicas inversas, en relación con las cuales el Grupo de Trabajo observó que "la subasta electrónica inversa había suscitado ciertas inquietudes, mencionándose en particular que: e) podía dar lugar a conflictos de intereses entre los agentes del mercado, por ejemplo, entre las empresas de programas informáticos y comercializadores o "agentes del mercado electrónico" y ciertos organismos centralizados de compras públicas que cobraban comisiones"[16].

C. Los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

19. Los requisitos del apartado e) del párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, junto con las disposiciones de su artículo 8 ("Códigos de conducta para funcionarios públicos"), que requiere que cada Estado Parte promueva, entre otras cosas, "la integridad, la honestidad y la

[15] Ejemplos tomados de las orientaciones de la Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC) (véase la nota a pie de página 1, *supra*), y proporcionados a la Secretaría y al Banco Mundial.

[16] A/CN.9/575, párr. 54.

responsabilidad" entre sus funcionarios públicos, y que procure aplicar códigos o normas de conducta[17], se suelen entender en el sentido de que significan que la legislación o las reglamentaciones relativas a la contratación pública deben exigir que se declaren y se hagan constar todos los intereses, bienes, atenciones sociales y obsequios. La divulgación de esta información permite identificar los eventuales conflictos entre la posición oficial de un empleado y sus intereses privados, de manera que pueden adoptarse medidas apropiadas de protección contra esos conflictos. Este enfoque suele ser el que adoptan los órganos legislativos nacionales que se ocupan de los conflictos de intereses, es decir, el recurso a disposiciones que obligan a divulgar esta información para determinar si puede haber un conflicto no ya eventual, sino real, contra el que hay que tomar medidas[18].

D. Forma de enfocar la reglamentación de los conflictos de intereses

20. Además de las declaraciones generales de los objetivos de los sistemas de contratación pública indicados antes, en que se plantea el principio de la integridad y la necesidad de evitar los conflictos de intereses en la contratación pública, hay ejemplos recientes de Estados promulgantes que han adoptado legislación en la que se abordan los conflictos de intereses como tema distinto. Por ejemplo, en el Canadá, los conflictos de intereses se tratan en la Conflict of Interest Act (Ley de conflictos de intereses), que entró en vigor el 9 de julio de 2007[19]. Conforme a las disposiciones aplicables a la contratación pública, que figuran en los capítulos 14, 15, 35 y 36 de la ley, los funcionarios públicos de los correspondientes organismos empleadores tienen prohibido celebrar contratos en los que algún familiar del funcionario público tenga un interés. Se dispone que: "14. 1) Ninguna persona que ocupe un cargo público y tenga autoridad para ello podrá, en ejercicio de sus funciones, deberes y facultades oficiales, celebrar un contrato o mantener una relación laboral con su cónyuge o compañero (o compañera), o con un hijo, un hermano o uno de sus padres." Se aplican disposiciones parecidas a quienes ocupen cargos de categorías concretas. Según estas disposiciones también se prohíbe a los funcionarios públicos que ejerzan actividades externas, en particular empleo externo o actividades profesionales o comerciales, que ocupen un cargo en un sindicato o asociación profesional, que efectúen consultorías pagadas o que sean miembros activos de una asociación. La legislación también prohíbe a los funcionarios públicos aceptar empleo en entidades con las que anteriormente tuvieron tratos

[17] En el párrafo 5 del artículo 8 se estipula que "Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos".

[18] Véanse, por ejemplo, las disposiciones canadienses, que pueden consultarse en www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/2007/0813_e.asp, y las disposiciones australianas, que pueden consultarse en www.nt.gov.au/dcis/procurement_policy/documents/policiy/po7_conflict_interest.pdf.

[19] El texto completo de esta ley puede consultarse en http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/C-36.65//20070709/en?command=search&caller=SI&search_type=all&shorttitle=conflict%20of%20interest%20act&day=9&month=7&year=2007&search_domain=cs&showall=L&statuteyear=all&lengthannual=50&length=50.

directos y tratos oficiales importantes "durante un año a partir de la fecha en que dejaron de ejercer sus funciones públicas"[20].

21. En Australia, la Public Sector Employment and Management Act (Ley de gestión del sector público), Instrucción de Empleo Nº 13, contiene un código de conducta que se aplica a todos los funcionarios de contratación pública, en tanto que funcionarios públicos. Se prevén sanciones penales por las violaciones de los requisitos legislativos y de procedimiento, junto con sanciones civiles, como el despido[21].

22. En los Estados Unidos, la Procurement Integrity Act (Ley de integridad en la contratación pública)[22] aborda los conflictos de intereses, y en las reglamentaciones federales sobre adquisición hay más reglamentaciones. El principio general consiste en evitar todo conflicto de intereses o incluso la apariencia de un conflicto de interés en las relaciones entre la Administración y los contratistas. Estas disposiciones imponen restricciones a la actuación de los funcionarios públicos y exigen que su conducta oficial sea tal que no tengan el menor reparo en hacer públicas todas sus actuaciones[23].

23. La política del Banco Mundial en lo que respecta a los conflictos de intereses se expone en el párrafo 1.08 b) de sus "Normas de Adquisiciones con préstamos del BIRF y créditos de la AIF" (las "Normas sobre Adquisiciones") y en los párrafos 1.9 y 4.12 de las Normas: Selección y contratación de consultores por prestatarios del Banco Mundial (las "Normas sobre Consultores")[24]. El Banco observa que las disposiciones, que figuran a continuación, se pueden transponer o utilizar como una serie de disposiciones modelo en los instrumentos legislativos nacionales y suelen ser aceptadas por los proveedores por ser sólidas, justas y previsibles:

a) Normas sobre Adquisiciones, 1.8 b), que trata de la elegibilidad y las calificaciones: "Toda firma contratada por el Prestatario para proveer servicios de consultoría respecto de la preparación o ejecución de un proyecto, al igual que todas sus filiales, quedará descalificada para suministrar bienes o construir obras o servicios que resulten directamente relacionados con los servicios de consultoría para la preparación o ejecución. Esta disposición no se aplica a las diversas firmas (consultores, contratistas o proveedores) que conjuntamente estén cumpliendo las obligaciones del contratista en virtud de un contrato llave en mano o de un contrato de diseño y construcción";

---

[20] El texto completo de estas secciones puede consultarse en www.tbs-sct.gc.ca/pubs_pol/dcgpubs/ContPolNotices/2007/0813_e.asp.

[21] Véase www.nt.gov.au/dcis/procurement_policy/documents/policy/po7_conflict_interest.pdf.

[22] Véase "Integrating Integrity and Procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCITRAL Model Procurement Law", Yukins, C. R., Public Contract Law Journal, Vol. 36, Nº 3, 2007, footnote 46, citing 41 U.S.C., 423.

[23] Federal Acquisition Regulation 3.101, 3.104-1 et seq. Véase, además, Yukins, op. cit., notas a pie de página 46 y 47.

[24] Las Normas sobre Adquisiciones pueden consultarse en http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060840~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html, Normas sobre Consultores en http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/PROJECTS/PROCUREMENT/0,,contentMDK:20060656~menuPK:93977~pagePK:84269~piPK:60001558~theSitePK:84266,00.html?.

b) Normas sobre Consultores, 1.9, que trata de los conflictos de intereses: "La política del Banco establece que los consultores deben dar asesoramiento profesional, objetivo e imparcial, y que en todo momento deben otorgar máxima importancia a los intereses del contratante, sin consideración alguna respecto de cualquier trabajo futuro y que, en la provisión de servicios de asesoría, prevengan conflictos con otros servicios que les sean asignadas o con los intereses de las instituciones a las que pertenecen. No se contratará a consultores para servicios que puedan crear conflicto con sus obligaciones previas o vigentes con respecto a otros contratantes, o que puedan ponerlos en situación de no poder prestar sus servicios en la forma que mejor convenga a los intereses del Prestatario. Sin que ello constituya limitación al carácter general de lo expresado anteriormente, no se contratará a consultores en las circunstancias que se indican a continuación:

i) Conflicto entre servicios de consultoría y contratación de bienes, obra civil o servicios (distintos a los considerados en estas Normas): una firma contratada en un proyecto por el Prestatario para suministrar bienes, ejecutar obras o para prestar algún servicio (distinto a los servicios de consultoría regulados por estas Normas), así como sus filiales, estará descalificada para prestar servicios de consultoría relacionados con tales bienes, obras o servicios del mismo proyecto. Por lo contrario, ninguna firma contratada para prestar servicios de consultoría en la preparación o ejecución de un proyecto, así como ninguna de sus filiales, podrá posteriormente suministrar bienes o ejecutar obras o prestar servicios (distintos a los servicios de consultoría regulados por estas Normas) que se generen como resultado de los servicios de consultoría para la preparación o ejecución del mismo proyecto;

ii) Conflicto entre los servicios de consultoría asignados: ninguno de los consultores (incluyendo su personal y sub-consultores) o cualesquiera de sus filiales pueden ser contratados para proporcionar servicios que, por su naturaleza, puedan estar en conflicto con otros servicios asignados a los consultores. Por ejemplo, los consultores contratados para preparar diseños de ingeniería de un proyecto de infraestructura no deben ser contratados para preparar una evaluación ambiental independiente para el mismo proyecto, y los consultores que estén asesorando a un contratante respecto de la privatización de bienes públicos no pueden contratar dichos bienes ni asesorar a quienes los contraten. De manera similar, los consultores contratados para preparar Términos de Referencia (TR) para un proyecto no deben ser contratados para realizar dicho proyecto;

iii) Relaciones con el personal del Prestatario: los Consultores (incluyendo su personal y sus consultores sub-contratados) que tengan una relación de trabajo o de familia con algún miembro del personal del Prestatario (o con el personal de la entidad ejecutora del proyecto o con algún beneficiario del préstamo) que estén directa o indirectamente involucrados con cualquier parte de: i) la preparación de los TDR del contrato, ii) el proceso de selección de dicho contrato, o iii) con la supervisión de dicho contrato, no pueden ser beneficiarios de la adjudicación del contrato, a menos que se resuelva, de manera aceptable para el Banco, el conflicto generado por estas relaciones, ya sea durante el proceso de selección y de ejecución del contrato";

c) Normas sobre Consultores, 1.10, que trata de la ventaja obtenida debido a competencia desleal: "Para que exista equidad y transparencia en el proceso de

selección se requiere que los consultores o sus asociados que concursen para un proyecto específico no obtengan una ventaja competitiva por haber prestado servicios de consultoría relacionados con el trabajo de que se trate. Para este fin, junto con el Pedido de propuestas, el Prestatario debe poner a disposición de todas las firmas incluidas en la lista corta toda la información que le proporcione a un consultor una ventaja competitiva."

24. En el documento de SIGMA se enumeran los instrumentos más importantes para prevenir y evitar conflictos de intereses ... :

"a) Restricciones con respecto a los empleos secundarios;

b) Declaración de ingresos personales;

c) Declaración de ingresos familiares;

d) Declaración de bienes personales;

e) Declaración de bienes familiares;

f) Declaración de obsequios o regalos;

g) Seguridad y control del acceso a información interna;

h) Declaración de intereses privados en relación con la gestión de contratos;

i) Declaración de intereses privados en relación con la adopción de decisiones;

j) Declaración de intereses privados en relación con la preparación o prestación de asesoramiento normativo;

k) Divulgación de las declaraciones de ingresos y bienes;

l) Restricciones y control de las actividades posteriores al empleo o con ONG;

m) Restricciones y control de obsequios o regalos y beneficios de otro tipo;

n) Restricciones y control del desempeño simultáneo de cargos externos (por ejemplo, con una ONG, una organización política o una empresa pública);

o) Recusación y retirada automática de funcionarios de sus funciones públicas cuando su participación en una reunión o en una determinada decisión pueda situarlos en una posición de conflicto;

p) Restricciones personales y familiares a los títulos de propiedad de empresas privadas;

q) Liquidación de bienes, vendiendo intereses comerciales o inversiones o colocándolos en un fideicomiso ciego, establecimiento de un fondo fiduciario o un acuerdo de gestión ciego.[25]"

25. Como primera medida, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la cuestión de si todos los requisitos contenidos en el apartado e) del párrafo 1 del artículo 9 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción o alguno de ellos deberían abordarse en el texto de la Ley Modelo o en reglamentos u otras

[25] Documento de SIGMA, op. cit.

normas. Se recordará que, conforme a la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, estas cuestiones deberían abordarse en el sistema de contratación pública (y no necesariamente en su principal legislación sobre el particular), y que la aplicación de los correspondientes requisitos debe hacerse "de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico [el del Estado Parte]".

26. El Grupo de Trabajo recordará asimismo que el alcance de la Ley Modelo, descrito en la Guía que lo acompaña, es el siguiente: en primer lugar, se trata de "una ley marco, destinada a ser complementada por un reglamento de la contratación pública, para pormenorizar los procedimientos de cada uno de los métodos autorizados por la Ley Modelo"[26], y enuncia "los procedimientos que habrán de aplicar las entidades adjudicadoras para seleccionar al proveedor o contratista al que vaya a adjudicar algún contrato"[27]. En consecuencia, no trata de la estructura administrativa de apoyo u otras cuestiones jurídicas que sí figuran en otros instrumentos jurídicos (derecho administrativo, contractual y de procedimiento judicial)[28]. En la Guía se indica que se parte del supuesto "de que el Estado promulgante dispone ya de estructuras institucionales y burocráticas adecuadas y del personal necesario para organizar y dirigir los métodos de contratación en ella previstos, y que de no ser así los introducirá"[29], por lo que esas cuestiones no se abordan en el texto de la Ley Modelo propiamente dicho. Sin embargo, a continuación en la Guía se analizan las funciones administrativas y de supervisión que el Estado promulgante puede querer institucionalizar. En el apartado d) del párrafo 37 de la Guía se considera importante la formación del personal, como ejemplo de las funciones relacionadas con la supervisión general de los procesos de contratación pública, funciones que cabría encomendar a un único órgano o autoridad (por ejemplo, Ministerio de Hacienda o de Comercio, Junta Central de Contratación) o distribuirla entre dos o más órganos o autoridades.

27. Si el Grupo de Trabajo estima que el texto de la Ley Modelo debería contener disposiciones sobre los conflictos de intereses, podría considerar la posibilidad de formular disposiciones basadas en el principio de la integridad, como se hace en el Acuerdo sobre Contratación Pública, o adoptar un enfoque que se base más en las normas, como el contenido en las demás disposiciones citadas en los párrafos precedentes. Si opta por este segundo enfoque, tal vez desee determinar el grado de pormenorización de estas normas. Por ejemplo, si una lista como la contenida en el documento de SIGMA podría ser una buena orientación o si sería más apropiado incluir esas normas pormenorizadas en la Guía o en reglamentos. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee prever un período durante el cual un ex funcionario de contratación pública no podrá aceptar empleo en una entidad cuyas actividades

[26] Guía para la incorporación al derecho interno, *una ley marco que habrá de ser complementada por un reglamento de la contratación pública*, párr. 12.

[27] En la Guía también se indica que en la Ley Modelo no se abordan las condiciones del contrato, el cumplimiento o ejecución del contrato (*Introducción*, párr. 12), incluida la solución de las controversias relativas a su cumplimiento e, implícitamente, la fase de planificación de la contratación.

[28] Guía para la incorporación al derecho interno, *una ley marco que habrá de complementarse con un reglamento de la contratación pública*, párr. 14.

[29] Guía para la incorporación al derecho interno, párr. 36.

guarden relación con las funciones que ese funcionario desempeñaba anteriormente[30].

28. El Grupo de Trabajo también podría considerar hasta qué punto en la Ley Modelo o en la Guía para la incorporación al derecho interno deben abordarse las consecuencias de las violaciones de las disposiciones relativas a los conflictos de intereses. A modo de ejemplo de una consecuencia de medidas inapropiadas que ya figura en la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo recordará la disposición del artículo 15 (Incentivos ofrecidos por proveedores o contratistas) en que se prevé que "La entidad adjudicadora ... rechazará una oferta, propuesta o cotización cuando el proveedor o contratista que la presentó ofrezca, dé o convenga en dar, directa o indirectamente ... una oferta de empleo o cualquier otro objeto de utilidad o de valor a título de incentivo ..." durante el proceso de contratación. El Banco Mundial observa que la consecuencia apropiada debería reflejar el conflicto de que se trate: por ejemplo, inadmisibilidad de un proveedor para la contratación si el conflicto surge durante el proceso de contratación, e inadmisibilidad de un proveedor para futuros procesos de contratación si ya se ha terminado el proceso (sin embargo, observa que esta última disposición se considera difícil de aplicar porque las personas jurídicas o naturales de que se trate pueden cambiar).

29. En cuanto a las relaciones que pueden dar lugar a conflictos, conforme a las disposiciones del Banco Mundial, o bien el funcionario de contratación debe declararse inhabilitado para participar en el proceso de contratación o bien el proveedor de los servicios debe quedar descalificado, por lo que no se le podrá adjudicar el contrato[31]. Estos conflictos de intereses basados en relaciones no

[30] En el apartado e) del párrafo 2 del artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se prevé que los Estados Parte prevengan los conflictos de intereses "imponiendo restricciones apropiadas, durante un período razonable, a las actividades profesionales de ex funcionarios públicos o a la contratación de funcionarios públicos en el sector privado tras su renuncia o jubilación cuando esas actividades o esa contratación estén directamente relacionadas con las funciones desempeñadas o supervisadas por esos funcionarios públicos durante su permanencia en el cargo". Como se ha indicado antes, el Canadá cuenta con disposiciones parecidas, al igual que los Estados Unidos en 5 C.F.R, 2635.604, y como recomienda la OCDE en "Integrity in public procurement". La reglamentación de los Estados Unidos es detallada y amplia: por ejemplo, impide que un contratista ofrezca empleo al funcionario que supervisa las actividades de ese contratista, o a un hijo de ese funcionario (véase Yukins, op. cit., en el que se cita 18 U.S.C., 208, y se hace referencia a una recopilación de leyes de los Estados Unidos que rigen la ética en el servicio público, véase U.S. Office of Government Ethics, Compilation of Federal Ethics Laws (2004), que puede consultarse en www.usoge.gov/pages/laws_regs_ fedreg_stats/comp_fed_ethics_laws.pdf).

[31] El Banco Mundial incorpora normas sobre este particular en sus documentos de licitación y de contrato. La Oficina Nacional de Auditoría del Reino Unido, refiriéndose a los conflictos de intereses relacionados con las auditorías en la contratación pública observa que: "7.27 Al seleccionar proveedores, deberá tenerse en cuenta hasta qué punto hay conflictos de intereses entre las empresas y las personas a quienes emplean y hasta qué punto pueden influir en el proceso. No se considera que las barreras dentro de la empresa para evitar que se filtre información ("Chinese Walls"), por sí solas, sean una forma eficaz de gestionar los conflictos. No obstante, pueden utilizarse junto con otros métodos. Al redactar un contrato, deberá considerarse la posibilidad de prever cláusulas contractuales para evitar que aumenten los conflictos de intereses en las empresas. En los casos difíciles, en aras de la consistencia y para no sentar malos precedentes, deberá consultarse al Central Procurement Team (Equipo Central de Contratación Pública)." (Véase www.nao.org.uk/manuals/procurement/chapter7.htm# conflict).

pueden mitigarse, por lo que las sanciones como las mencionadas antes son la única consecuencia eficaz, mientras que sí puede remediarse el haber dado a un proveedor una ventaja competitiva desleal, por ejemplo, informando de ello a los demás proveedores.

30. La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en sus disposiciones sobre penalización y aplicación de la ley, contiene sanciones que serían apropiadas para los casos de corrupción (artículos 19 a 50), pero quizás el Grupo de Trabajo considere que serían de escasa asistencia en una situación de conflictos de intereses.

31. De otro modo, o además, el Grupo de Trabajo podría abordar el tema de los conflictos de intereses en la Guía para la incorporación al derecho interno, por ejemplo, desarrollando las observaciones que figuran en los párrafos 36 y 37 del texto actual[32]. La publicación "Integrity in Public Procurement" de la OCDE[33], que contiene un capítulo sobre la forma de evitar los conflictos de intereses y la corrupción, puede considerarse un ejemplo de orientación adicional. Se aborda el tema desde un punto de vista funcional, y se presenta observando que los sistemas de contratación pública requieren: "... un conjunto de valores y normas éticas claros para precisar la forma de lograr esos objetivos. En varios países se han desarrollado normas éticas concretas en las que se definen claramente las restricciones y prohibiciones que se aplican a los funcionarios de contratación pública para evitar situaciones de conflictos de intereses y prevenir la corrupción a nivel individual e institucional". A continuación se abordan los aspectos siguientes de las disposiciones sobre conflictos de intereses: aspectos organizacionales (separación de deberes y funciones autorizadas), definición de las normas éticas aplicables a los funcionarios públicos, definición de las normas específicas aplicables a los funcionarios de contratación pública, aplicación de esas normas, y los tratos con concursantes para evitar los conflictos de intereses y la corrupción. Se dan ejemplos de medidas tomadas en diversos países de la OCDE y en otros que se supervisaron expresamente para esta publicación.

32. Las orientaciones también pueden tratar, por ejemplo, de las cláusulas y condiciones de servicio apropiadas, controles de procedimiento (como el funcionamiento de los indicadores, o la rotación del personal, para evitar el riesgo de los incentivos resultantes de ocupar un mismo puesto durante mucho tiempo), evaluaciones periódicas e informes confidenciales, y pueden dar lugar a que se evalúen las anteriores normas de conducta al seleccionar a los candidatos para puestos de contratación pública. En las reglamentaciones se puede exigir que los candidatos tengan formación especializada en contratación y conducta ética.

33. El Grupo de Trabajo tal vez considere oportuno también formular directrices respecto de la interpretación de afiliaciones, relaciones familiares y de otro tipo, ventajas competitivas desleales y si deben aplicarse estrictamente o con una cierta flexibilidad[34], pero en vez de dar orientaciones detalladas en la propia Guía para la

---

[32] Párrafo 26 y nota a pie de página 29, *supra*.

[33] OCDE, Integrity in Public Procurement, op. cit.

[34] Puede ser apropiado actuar con flexibilidad cuando el comportamiento pueda remediarse. Así pues, cuando se ha dado a un proveedor una ventaja competitiva desleal, se puede mitigar el daño informando a todos los proveedores de los datos pertinentes y puede que no sea necesario

incorporación al derecho interno, quizás estime preferible hacer referencia a otras publicaciones, en particular teniendo en cuenta la constante evolución de este aspecto de la reglamentación de la contratación pública. A este respecto, el Grupo de Trabajo recordará que en el párrafo 40 de la actual Guía se remite al lector a la Guía Nº 23 (”Improving Public Procurement Systems” - Mejora de los sistemas de adquisición pública), publicada por el Centro de Comercio Internacional UNCTAD/GATT (Ginebra), en la que se analizan diversas cuestiones institucionales, de formación y perfeccionamiento del personal y de política que influyen en la contratación pública.

IV. Contratación de servicios

34. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo se centró en la cuestión de determinar si debía revisarse el texto de la Ley Modelo a fin de limitar el ámbito de los servicios adjudicables por el “método principal para la contratación pública de servicios” previsto en los artículos 37 a 45 de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo consideró que este método había dado resultado en la práctica, principalmente para la adjudicación de servicios intelectuales (servicios que no se prestan a ser medidos en función de un producto material, tales como los servicios de consultoría y otros servicios profesionales), pero se cuestionó su idoneidad para la adjudicación de servicios respecto de los cuales la entidad adjudicadora pudiera dar, por adelantado, especificaciones cualitativas y cuantitativas. También se observó que como en la Ley Modelo se habían considerado los servicios como categoría aparte, había dado lugar a que se prestara atención a las características especiales de algunos servicios en detrimento de los rasgos comunes de la contratación de muchos servicios con la contratación de bienes y obras[35].

35. En el sexto período de sesiones, habiendo examinado si a) la utilización del principal método para la contratación de servicios debía limitarse a los servicios intelectuales; b) el principal método para la contratación de servicios debía ser la licitación; y c) si el proceso de licitación debía ser el principal método o la segunda opción ofrecida, tras la solicitud de propuestas (o viceversa), el Grupo de Trabajo acordó preliminarmente que en la Ley Modelo debían mantenerse todos los distintos métodos de contratación de servicios. De ahí que el Grupo de Trabajo considerara que el texto de la Ley Modelo no requería revisión. Sin embargo, se respaldó la disposición de que se formularan más directrices en la Guía para la incorporación al derecho interno sobre la conveniencia de recurrir a uno u otro de los tres procedimientos de selección previstos en las disposiciones sobre la contratación de servicios, según cuál fuera la índole de los servicios contratados y las circunstancias del caso. Así pues, por ejemplo, en las directrices podría abordarse la conveniencia de utilizar el principal método para la contratación de servicios principalmente para los servicios intelectuales, la forma de abordar las definiciones (de “servicios intelectuales” y otros conceptos de servicios), la forma de abordar los proyectos que entrañaban diversas etapas y los proyectos mixtos, y el grado de pormenorización de las directrices, a la luz del deseo del Grupo de Trabajo de que las disposiciones de la

tomar otras medidas como parte del proceso de contratación (a diferencia de la situación del funcionario de contratación pública de que se trate, que sí puede requerir otras medidas).

[35] A/CN.9/568, párrs. 79 a 93.

Ley Modelo y de la Guía para la incorporación al derecho interno no fueran excesivamente prescriptivas.

36. Además, a fin de abordar algunas de las inquietudes planteadas en el sexto período de sesiones en cuanto a la utilización excesiva o inapropiada de las disposiciones relativas a la contratación de servicios, en la Guía podría desarrollarse el criterio básico inherente al capítulo II de la Ley Modelo (conforme al cual la contratación de bienes y obras debe efectuarse utilizando procedimientos de licitación, a menos que se justifique uno de los métodos alternativos) y la forma en que ese criterio básico podría aplicarse a la contratación de servicios. Por ejemplo, podría hacerse referencia a una presunción en favor de la licitación para la contratación de servicios (en vez de la elección más libre de que se dispone actualmente), a menos que las circunstancias justificaran la utilización de disposiciones de servicios más flexibles. Estas circunstancias podrían incluir las enumeradas en los párrafos 88 a 93 del informe del Grupo de Trabajo sobre su sexto período de sesiones[36].

37. Por consiguiente, tal vez el Grupo de Trabajo desee dar ulteriores directrices a la Secretaría en cuanto a la cuestión de la contratación de servicios, basándose en las deliberaciones que mantuvo en su sexto período de sesiones y en los párrafos 41 a 44 de una nota preparada por la Secretaría para ese período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.32), en particular en lo que respecta al grado de pormenorización de las ulteriores directrices que habrán de introducirse en la Guía para la incorporación al derecho interno.

[36] A/CN.9/568.

F. Informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública sobre la labor realizada en su 15º período de sesiones (Nueva York, 2 a 6 de febrero de 2009)

(A/CN.9/668) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Organización del período de sesiones	4-9
III.	Deliberaciones y decisiones	10-12
IV.	Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios	13-274
	A. Análisis de las cuestiones pendientes y propuesta de adopción de un nuevo criterio de redacción en el documento A/CN.9/WG.I/WP.66 y en sus adiciones	13-15
	B. Examen de las disposiciones del proyecto de Ley Modelo revisada (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1, Add.2, Add.3 y Add.4)	16-274
	1. Capítulo I. Disposiciones Generales (A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 54 a 64, y A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 y Add.2)	16-157
	2. Capítulo II. Método de la licitación (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2)	158-182
	3. Capítulo III. Condiciones y procedimientos para la licitación restringida, la licitación con dos sobres y la solicitud de cotizaciones (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3)	183-208
	4. Capítulo IV. Condiciones y procedimientos para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas y la negociación competitiva (A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 21, 22 y 70, y A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3)	209-212
	5. Capítulo V. Condiciones y procedimientos para la utilización de la subasta electrónica inversa (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3)	213-222
	6. Capítulo VI. Procedimientos para los acuerdos marco (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4)	223-255
	7. Capítulo VII. Vías de recurso	256-269
	8. Título de la Ley Modelo	270
	9. Preámbulo	271
	10. Definiciones	272-274
V.	Otros asuntos	275-280

I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la "Comisión") encomendó a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) la tarea de formular propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI de 1994 sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la "Ley Modelo", A/49/17 y Corr.1, anexo I). Dio al Grupo de Trabajo I un mandato flexible consistente en determinar, en sus consideraciones, las cuestiones que deberían abordarse (A/59/17, párr. 82).

2. El Grupo de Trabajo comenzó su labor de preparación de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo en su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004) (A/CN.9/568). En sus períodos de sesiones séptimo a 13º (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005; Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005; Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006; Viena, 25 a 29 de septiembre de 2006; Nueva York, 21 a 25 de mayo de 2007; Viena, 3 a 7 de septiembre de 2007; y Nueva York, 7 a 11 de abril de 2008, respectivamente) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640 y A/CN.9/648), el Grupo de Trabajo examinó los temas relacionados con el uso de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en el proceso de contratación pública. En sus períodos de sesiones séptimo, octavo y décimo a 12º, el Grupo de Trabajo examinó además las cuestiones relativas a las ofertas anormalmente bajas, inclusive la de su pronta detección en el proceso de contratación y la prevención de las consecuencias negativas de dichas ofertas. En sus períodos de sesiones 13º y 14º (Nueva York, 7 a 11 de abril de 2008, y Viena, 8 a 12 de septiembre de 2008) (A/CN.9/648 y A/CN.9/664), el Grupo de Trabajo realizó un examen en profundidad de la cuestión de los acuerdos marco. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo deliberó también sobre la cuestión de las listas de proveedores y decidió que este tema no se abordaría en la Ley Modelo. En su 14º período de sesiones el Grupo de Trabajo llevó también a cabo un examen a fondo de la cuestión de los recursos y vía ejecutoria y abordó el tema de los conflictos de intereses.

3. En sus períodos de sesiones 38º a 41º, celebrados de 2005 a 2008, respectivamente, la Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados en su labor y reafirmó su apoyo al examen que se estaba realizando y a la inclusión de prácticas de contratación novedosas en la Ley Modelo (A/60/17, párr. 172; A/61/17, párr. 192; A/62/17 (Primera parte), párr. 170; y A/63/17, párr. 307). En su 39º período de sesiones, 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 si se justificaría incorporar a la Ley Modelo disposiciones concretas que abordaran esos problemas (véase A/61/17, párr. 192). En su 40º período de sesiones, la Comisión recomendó que el Grupo de Trabajo aprobara un programa concreto para sus próximos períodos de sesiones a fin de acelerar el avance de su labor (véase A/62/17 (Primera parte), párr. 170). De conformidad con esa recomendación, el Grupo de Trabajo aprobó el calendario de sus deliberaciones en los períodos de sesiones 12º y 13º (A/CN.9/640 y A/CN.9/648, anexo), y convino en poner en conocimiento de la Comisión, con regularidad, un calendario actualizado. En su 41º período de sesiones, la Comisión invitó al Grupo de Trabajo a que agilizara su labor con miras a concluir el proyecto, de modo que pudiera finalizarse y adoptarse en un plazo razonable la Ley Modelo

revisada y su correspondiente Guía para la incorporación al derecho interno (véase A/63/17, párr. 307).

II. Organización del período de sesiones

4. El Grupo de Trabajo, que se compone de todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 15º período de sesiones en Nueva York, del 2 al 6 de febrero de 2009. Asistieron a dicho período de sesiones los representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Austria, Belarús, Benin, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, Ecuador, Egipto, España, Estados Unidos de América, Francia, Grecia, Guatemala, Honduras, Irán (República Islámica del), Italia, Kenya, Marruecos, México, Mongolia, Nigeria, Paraguay, Polonia, República Checa, República de Corea, Senegal, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Venezuela (República Bolivariana de) y Zimbabwe.

5. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Afganistán, Angola, Bangladesh, Bélgica, Brasil, Croacia, Filipinas, Indonesia, Perú, Qatar, República Democrática del Congo, Rumania, Santa Sede, Túnez y Turquía.

6. Asistieron además al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial y Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Agencia Espacial Europea (ESA), Comisión Europea, Comunidad del Caribe, Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo y Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE);

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por el Grupo de Trabajo*: American Bar Association (ABA), Asociación Internacional de Abogados (AIB), Association of the Bar of the City of New York, Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), Foro de Conciliación y Arbitraje Internacionales, e Instituto de Derecho Internacional.

7. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

Presidente: Sr. Jeffrey Wah Teck CHAN (Singapur)

Relatora: Sra. Ligia GONZÁLEZ LOZANO (México)

8. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.I/WP.65);

b) Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios – texto revisado de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.66 y Add.1 a 5).

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. 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

10. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo siguió elaborando propuestas para la revisión de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo utilizó las notas preparadas por la Secretaría a que se hace referencia en el párrafo 8 *supra* como base de sus deliberaciones.

11. El Grupo de Trabajo señaló que había concluido la primera lectura del texto revisado y que, si bien quedaban por examinar varias cuestiones, inclusive la totalidad del capítulo IV, se había acordado el marco conceptual. Se observó asimismo que convenía analizar más a fondo algunas disposiciones concretas, a fin de asegurar que se ajustaran a los instrumentos internacionales pertinentes.

12. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara las disposiciones propuestas en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1, Add.2, Add.3 y Add.4, teniendo en cuenta las deliberaciones mantenidas en el 15º período de sesiones, a fin de poder reexaminarlas.

IV. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

A. Análisis de las cuestiones pendientes y propuesta de adopción de un nuevo criterio de redacción en el documento A/CN.9/WG.I/WP.66 y en sus adiciones

13. En el Grupo de Trabajo se hizo una presentación del documento A/CN.9/WG.I/WP.66 y de sus adiciones.

14. Las delegaciones apoyaron en general el criterio de redacción sugerido por el que se eliminaría la distinción entre la contratación de bienes, de obras y de servicios y se haría, en cambio, una distinción entre los diversos métodos de contratación en función de sus respectivos grados de complejidad.

15. El Grupo de Trabajo convino en examinar las cuestiones concretas que se trataban en el documento A/CN.9/WG.I/WP.66 conjuntamente con las disposiciones conexas del proyecto de Ley Modelo revisada que figuran en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1, Add.2, Add.3 y Add.4. El Grupo de Trabajo señaló que en el documento A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.5 figuraba un cuadro

en el que se exponían correlativamente las nuevas disposiciones propuestas junto con las disposiciones de la Ley Modelo de 1994.

B. Examen de las disposiciones del proyecto de Ley Modelo revisada (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1, Add.2, Add.3 y Add.4)

1. CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES (A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 54 a 64, y A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 y Add.2)

Artículo 1. Ámbito de aplicación (A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 54 y 55)

16. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el artículo 1 de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo examinó la conveniencia de que, en una Ley Modelo revisada, se suprimieran las excepciones por motivos de defensa y de seguridad nacional, de modo que el régimen de la contratación pública enunciado en la Ley Modelo fuera aplicable a todos los sectores de la economía del Estado promulgante. El Grupo de Trabajo tomó nota de los argumentos con los que se justificaba la adopción de este criterio en el documento A/CN.9/WG.I/WP.66 (párrafos 54 y 55), concretamente el de que no todos los procedimientos de contratación en esos sectores eran tan delicados o confidenciales como para justificar que se eximiera de forma general a los Estados de la aplicación de las disposiciones de la Ley Modelo.

17. El Grupo de Trabajo convino en suprimir la referencia a la excepción que figuraba en el artículo propuesto y aprobó el proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el actual período de sesiones.

Artículo 2. Definiciones (A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 62 y 63)

18. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el artículo 2 de la Ley Modelo de 1994 y tomó nota de las propuestas de enmienda del artículo, en particular de la de agregar a su texto algunas nuevas definiciones.

19. Observando que el artículo podía tener una interacción con otras disposiciones de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo decidió aplazar hasta otro momento el examen del artículo 2 revisado. Esta decisión no prejuzgaba la convicción que tenía el Grupo de Trabajo de que algunos términos habrían de examinarse paralelamente a las disposiciones conexas de la Ley Modelo cuando el Grupo de Trabajo las estudiara (sobre las decisiones subsiguientemente adoptadas en relación con el artículo 2, véanse los párrafos 66 c) y d), 229, 235 y 272 a 274 *infra*).

Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado relativas a la contratación pública [y acuerdos intergubernamentales en el interior (del Estado)]

20. El Grupo de Trabajo tomó nota de que en este artículo se reproducía el texto del artículo 3 de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el proyecto de artículo.

Artículo 4. Reglamentación de la contratación pública

Párrafo 1)

21. El Grupo de Trabajo señaló que en este párrafo se reproducía el texto del artículo 4 de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo sin cambios.

Párrafo 2)

22. El Grupo de Trabajo observó que el párrafo era nuevo y que se había introducido a raíz de la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones en relación con el tema de los conflictos de interés (A/CN.9/664, párrs. 17 y 116). Señaló asimismo que, en virtud del nuevo texto, habría un código de conducta que formaría parte de la reglamentación de la contratación pública y que, de conformidad con el párrafo 1) del artículo 5 de la propuesta de Ley Modelo revisada, debería publicarse obligatoriamente.

23. El Grupo de Trabajo se planteó la cuestión de si en la Ley Modelo eran necesarias las palabras entre corchetes, encaminadas a evitar los conflictos de interés, a fin de ajustar su texto a los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción[1], o si bastaría con hacer constar esa referencia en la Guía para la incorporación al derecho interno.

24. Se propuso que las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en las que se daban ejemplos de lo que constituían conflictos de interés en la contratación pública (artículos 8 y 9), no se incorporaran a la Ley Modelo revisada en sí sino a la Guía. Según otra delegación, esas disposiciones deberían insertarse en la Guía, y no en la Ley Modelo. Según se propuso, en la Ley Modelo debería establecerse un código de conducta para los funcionarios o empleados de las entidades adjudicadoras y solo deberían enunciarse los principios fundamentales que deberían figurar en tal código. Algunas delegaciones apoyaron este criterio por estimar que si en la Ley Modelo solo se repetían algunas de las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se podría desvirtuar el contexto en que se habían enunciado y podrían descuidarse otras disposiciones importantes y pertinentes de dicha Convención. Al mismo tiempo se puso de relieve que, al no insertarse las disposiciones de la Convención en la Ley Modelo sino en la Guía, se evitaría dar la impresión de que se subestimaban las repercusiones negativas que podrían tener los conflictos de intereses en la transparencia y en la rendición de cuentas.

25. Se objetó también que en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción no se regulaban todos los casos de conflictos de interés y que si solo se mencionaban los ejemplos de la Convención en la Ley Modelo, se podría inducir a error. Se sostuvo que la opción preferible consistiría en que en la Ley Modelo se trataran solo los principios generales referentes a los conflictos de interés, dejando que los Estados promulgantes los regularan con más detalle.

26. El Grupo de Trabajo convino en sustituir las palabras “los funcionarios relacionados con ella” por los términos “los funcionarios o empleados de las entidades adjudicadoras”, a fin de ajustar el texto de la disposición a los términos

[1] Resolución 58/4 de la Asamblea General, anexo, que entró en vigor el 14 de diciembre de 2005.

empleados en otras partes de la Ley Modelo (como en la definición de "entidad adjudicadora", en el artículo 2, y en la referencia a los funcionarios y empleados en el párrafo u) del artículo 27).

27. El Grupo de Trabajo convino además en suprimir los corchetes en el párrafo 2) y en agregarle la siguiente disposición basada en el artículo 9 1) e) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: "y, cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación".

28. Se convino también en plasmar en la Guía la siguiente disposición del artículo 8 5) de la mencionada Convención, que no era específica de la contratación pública sino de carácter general: "y cuando proceda el establecimiento de medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos y beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses". Quedó entendido que en la Guía habrían de ponerse de relieve las preocupaciones expresadas en el actual período de sesiones acerca de los problemas que suscitaría la reglamentación exhaustiva de los conflictos de interés en la Ley Modelo, acerca del papel de los Estados promulgantes en la eliminación de las lagunas de las reglamentaciones, y sobre la promulgación de medidas para aplicar eficazmente las disposiciones pertinentes que prevé la mencionada Convención en materia de conflictos de interés.

29. Aludiendo a las dificultades prácticas que pudiera plantear en algunos países la debida aplicación de la Ley Modelo, algunos delegados subrayaron que era importante complementar las disposiciones sobre conflictos de interés de la Ley Modelo revisada con las disposiciones de la Guía en que se enumeraran las medidas (por ejemplo, de capacitación) que deberían promulgarse para garantizar una buena aplicación. Se sugirió asimismo que se pusiera de relieve en la Guía que el tema de los conflictos de interés se regulaba de distintas maneras en los ordenamientos jurídicos existentes.

30. El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo tal como había quedado revisado en el actual período de sesiones.

El artículo 4 en su conjunto

31. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el actual período de sesiones.

Artículo 5. Publicación de textos jurídicos

32. El Grupo de Trabajo observó que el artículo figuraba tal como el Grupo de Trabajo lo había aprobado de forma preliminar en su 12º período de sesiones (véase A/CN.9/640, párrs. 30 a 33), con la salvedad del párrafo 3), que había pasado a ser un nuevo artículo 6, insertado inmediatamente a continuación del artículo 5. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el proyecto de artículo.

Artículo 6. Información sobre contratos próximamente adjudicables

33. El Grupo de Trabajo señaló que este artículo se basaba en el párrafo 3) del proyecto de artículo 5 que el Grupo de Trabajo había aprobado de forma preliminar en su 12º período de sesiones (véase A/CN.9/640, párr. 34).

34. Se sugirió que, a fin de que no hubiera ambigüedades sobre el alcance que pretendía darse al artículo, se explicara en la Guía que el artículo no se refería a las oportunidades de contratación inminentes sino a los planes generales a largo plazo. Otra delegación opinó que convendría formular de nuevo el proyecto de artículo para eliminar toda ambigüedad sobre el alcance que pretendía dársele.

35. Se sugirió asimismo que, en el artículo propuesto, se sustituyera la forma verbal "podrán" por "deberán". En sentido contrario, otra delegación estimó que, dado que el proyecto de artículo tenía la finalidad de regular solo la información general indicativa acerca de los planes de futuras contrataciones, no debería enunciarse de manera prescriptiva sino facultativa. El Grupo de Trabajo recordó las deliberaciones que había mantenido anteriormente sobre el mismo tema y puso de relieve las dificultades que planteaba el hecho de dar carácter obligatorio a la publicación de este tipo de información, concretamente el establecimiento de un plazo para la publicación inicial y la de posteriores enmiendas.

36. Una delegación propuso que se suprimiera el artículo en su totalidad, ya que imponía cargas innecesarias a las entidades adjudicadoras. El Grupo de Trabajo recordó que anteriormente había deliberado sobre una propuesta similar y había decidido mantener en el texto las disposiciones relativas al anuncio de contratos próximamente adjudicables por estimar que eran importantes a efectos de una planificación estratégica y de la transparencia.

37. El Grupo de Trabajo, observando que el artículo pretendía regular los planes de contratación a largo plazo, y no las oportunidades de adjudicación de contratos que pudieran surgir a corto plazo, convino en que la disposición mantuviera su carácter facultativo, y no se le diera carácter imperativo, y que en la Guía se explicaran las ventajas de hacer públicas las futuras oportunidades de contratación para la planificación estratégica y operativa de las empresas. Se convino también en que la Guía pusiera de relieve que la disposición no debería propiciar la colusión ni las presiones de empresas interesadas al darse a conocer por adelantado las futuras oportunidades de contratación. En consecuencia, se propuso que la primera frase del proyecto de artículo 6 se sustituyera por el texto siguiente: "Las entidades adjudicadoras podrán publicar información sobre las actividades de contratación previstas para los próximos meses o años". Se convino en mantener sin cambios la segunda frase del artículo.

38. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el período de sesiones en curso.

Artículo 7. Reglas relativas a los métodos de contratación pública y tipos de convocatoria (véase también A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 32 a 48 y 67 a 69)

39. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el artículo propuesto era nuevo y estaba basado en algunas de las disposiciones de la Ley Modelo de 1994, concretamente en el artículo 18 y otras disposiciones del capítulo II. Se observó además que este artículo ofrecía una jerarquía de los métodos y principios de contratación que serían

aplicables a la selección del método y las técnicas o procedimientos de contratación, incluida la contratación con un solo proveedor, así como a la selección del tipo de convocatoria. El Grupo de Trabajo procedió a examinar párrafo por párrafo el texto de este artículo.

Párrafo 1)

40. El Grupo de Trabajo observó que este párrafo estaba basado en el párrafo 1) del artículo 18 de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo sin cambios.

Párrafo 2)

41. El Grupo de Trabajo tomó nota de que este párrafo estaba basado en el artículo 18 de la Ley Modelo de 1994.

42. Se propuso sustituir la expresión "el método más competitivo" por "el método más eficiente", habida cuenta en particular de que la contratación pública podía servir para lograr ciertos objetivos socioeconómicos, como los relativos al medio ambiente. Se observó también que el logro de la competitividad podría resultar engorroso y contraproducente en la adjudicación de ciertos contratos. Se expresó el parecer contrario de que debía retenerse la expresión "más competitivo" para reflejar la finalidad primordial de la Ley Modelo de 1994 de alentar la competitividad en aras de la eficiencia y del empleo justificado del dinero.

43. Se expresó el parecer de que la fórmula "que sea procedente según las circunstancias del contrato adjudicable" respondía al interés de que se examinaran otros factores ajenos al deseo de optimizar la competitividad. Se sugirió que se explicara en la Guía esta intención a fin de evitar toda ambigüedad en la lectura del texto.

44. El Grupo de Trabajo consideró la procedencia de mencionar, en este párrafo, otras posibles técnicas de contratación en el marco de algunos métodos de contratación, como la subasta electrónica inversa y los acuerdos marco. Se apoyó la inserción de este comentario en el párrafo.

45. El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo tal como había quedado revisado en el actual período de sesiones.

Párrafo 3)

46. El Grupo de Trabajo observó que este párrafo estaba basado en el artículo 18 de la Ley Modelo de 1994, en cuyo texto se utilizaban los términos "economía y eficiencia" y "economía o eficiencia", y no las palabras "eficiencia económica", propuestas en el nuevo párrafo (véanse los artículos 20 y 48 2)).

47. El Grupo de Trabajo consideró la conveniencia de dejar en este párrafo la fórmula "eficiencia económica". Se expresó el parecer de que no resultaría superflua habida cuenta de lo acordado respecto del párrafo 2) (véase el párrafo 43 *supra*), que sería igualmente aplicable al párrafo 3). Prevaleció, no obstante, la opinión de que convendría mantener en este párrafo la fórmula "eficiencia económica", pero sin corchetes. No se aceptó la propuesta de insertar "principalmente" antes de los términos "por razones de eficiencia económica".

48. El Grupo de Trabajo aprobó el texto de este párrafo tal como había quedado revisado en el actual período de sesiones.

Párrafo 4)

49. El Grupo de Trabajo observó que este párrafo estaba basado en los artículos 18 y 19 1) a) de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo sin cambios.

Párrafo 5)

50. El Grupo de Trabajo observó que este párrafo estaba basado en el artículo 22 *bis* conforme fue enmendado en el 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo (artículo 42 de la propuesta de revisión de la Ley Modelo). El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo sin cambios.

Párrafo 6)

51. El Grupo de Trabajo observó que este párrafo estaba basado en el artículo 22 de la Ley Modelo de 1994.

52. Se propuso suprimir el texto que figuraba en el encabezamiento de este párrafo por estimarse que podría propiciar prácticas engorrosas y costosas. El Grupo de Trabajo señaló que ya se había introducido esa fórmula en el texto de 1994 a fin de prevenir todo criterio de corrupción o de arbitrariedad de la entidad adjudicadora al decidir que se utilizara el método de la contratación con un solo proveedor o contratista. Se explicó también que las disposiciones reflejaban las prácticas seguidas en algunos sistemas de contratación, como se indicaba en la Guía, en que la entidad adjudicadora precisaba una aprobación de alto nivel para recurrir a una medida excepcional como la contratación con un solo proveedor o contratista. Se aclaró también que ese texto figuraba entre corchetes para indicar que correspondía al Estado promulgante decidir su eventual incorporación al derecho interno.

53. El Grupo de Trabajo convino en que se suprimiera el texto introductorio del encabezamiento del párrafo, pero que se aclarara en la Guía que algunos países tal vez exijan que la entidad adjudicadora recabe la aprobación de una autoridad superior.

54. Se sugirió que, en el párrafo 6), se retuvieran únicamente los apartados c) y d). Esta sugerencia no se aceptó por estimarse que la supresión de los demás apartados dejaría muy pocos motivos que justificaran el recurso a la contratación con un único proveedor o contratista.

55. Se objetó que el apartado a) tal vez propiciaría prácticas monopolistas o corruptas, y restaría transparencia y sentido de la responsabilidad a la contratación pública. El Grupo de Trabajo tomó nota de algunos supuestos raros y excepcionales previstos en este apartado, pero que se daban en la práctica y que, por tanto, deberían enunciarse en la Ley Modelo. Se observó que en esto la Ley Modelo sería coherente con lo dispuesto en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (artículo XV 1) b))[2]. El Grupo de

[2] Entró en vigor el 1 de enero de 1996; a partir de la fecha del presente informe puede consultarse en www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

Trabajo convino en que este apartado se mantuviera sin cambios y en que en la Guía se diera una explicación adecuada sobre el alcance que se pretendía dar a estas reglas, así como ejemplos concretos.

56. Respecto del apartado b), el Grupo de Trabajo observó que ese texto tenía por objeto regular los contratos más urgentes en los que otros métodos, como el de la negociación competitiva, no resultaran prácticos. El Grupo de Trabajo consideró la procedencia de que se formularan en términos cumulativos las circunstancias de un evento catastrófico, su imprevisibilidad y la ausencia de una conducta dilatoria por parte de la entidad adjudicadora. Tras deliberar al respecto, se convino en que esta disposición contemplaba básicamente los hechos imprevisibles y no imputables a la entidad adjudicadora, por lo que la mención de un evento catastrófico resultaba superflua y debía ser suprimida.

57. Respecto del apartado c), el Grupo de Trabajo estudió la conveniencia de retener la salvedad "el monto limitado del contrato propuesto en relación con el contrato original". Por una parte, se observó que el fundamento invocado para recurrir a la contratación con un solo proveedor, es decir, la uniformidad existente entre contratos sucesivos, no guardaba relación alguna con la importancia o cuantía relativa del contrato original (negociado por algún método competitivo) ni con el contrato subsiguiente negociado con un único proveedor, por lo que procedía eliminar dicha salvedad. Por otra parte, se sostuvo que la ley debería insistir en el carácter excepcional de ese método de contratación y en el hecho de que podía dar pie a abusos, por lo que la salvedad cumplía una función importante. Se observó además que con el avance tecnológico el precio del nuevo contrato tal vez ya no correspondiera al del contrato original. Por último, se opinó que si se suprimía la salvedad, cabría interpretar que se reforzaba la obligación de abrir un nuevo proceso de adjudicación competitiva para toda compra ulterior. Se decidió dejar el texto como estaba, pero que, para tener en cuenta las objeciones expresadas, se insistiera, en la Guía, en que cabría evitar esta situación negociando el contrato original por medio de un acuerdo marco, y que, a falta de un acuerdo marco, el recurso a la contratación con un solo proveedor para una compra ulterior debería ser excepcional y debería estar limitado en función de su cuantía y duración.

58. Respecto del apartado d), se observó que esta disposición estaba formada por varios elementos, no todos ellos necesarios. En primer lugar, la salvedad propuesta de que no estaría justificado contratar con un único proveedor si algún otro método resultaba adecuado significaba que no era necesario invocar como motivos la falta de viabilidad comercial o los gastos de investigación y desarrollo. En segundo lugar, se dijo que el motivo justificativo alegado se daría únicamente cuando existiera un solo proveedor de los servicios adjudicables, por lo que el supuesto contemplado por este apartado ya se había resuelto en el apartado a). Por consiguiente, se convino en suprimir el apartado d).

59. Respecto del apartado f) del texto de 1994, que se propone suprimir, se observó que se había de evitar introducir, sin darse cuenta, una exención general de los contratos por motivos de defensa, lo que sucedería si se sustituye este apartado por una regla demasiado amplia. Dado que la finalidad era permitir el recurso a la contratación con un solo proveedor únicamente cuando lo justificara la naturaleza del contrato adjudicable, se convino en que este apartado pasara a ser el apartado e), con un texto del siguiente tenor: "Cuando por razones de defensa nacional o de

seguridad nacional, o por peligrar la una o la otra, la entidad adjudicadora determine que no sería adecuado recurrir a otro método de contratación". Se estimó que esta formulación conciliaba debidamente la intención de alentar el recurso a la Ley Modelo en la adjudicación de contratos para fines de defensa y el deseo de amparar la confidencialidad y otros intereses en riesgo en dichos contratos. Se convino en que en la Guía para la incorporación al derecho interno se explicara que los conceptos de "defensa nacional" y "seguridad nacional" eran comúnmente empleados, pero que esa formulación no impediría que se invocara esta salvedad para contratos de defensa o de seguridad de una región del Estado promulgante.

60. En lo que respecta al apartado e), el Grupo de Trabajo tomó nota de las cuestiones planteadas en el documento A/CN.9/WG.I/WP.66 (párrafos 45 a 48). El Grupo de Trabajo señaló asimismo la pertinencia que tenía este apartado para el proyecto de artículo 12 de la Ley Modelo revisada, que regulaba cuestiones de política socioeconómica.

61. El Grupo de Trabajo convino en mantener el enunciado del párrafo 2) del artículo 22 de la Ley Modelo de 1994 en sustitución del apartado e), con remisiones actualizadas. Se estimó que el principio enunciado en el párrafo 2) del artículo 22 de la Ley Modelo de 1994 era fundamental y que si el Grupo de Trabajo se apartara de él, iría más allá de lo que tiene encomendado en su mandato.

62. No se aceptó otra propuesta consistente en suprimir el requisito de aprobación en el apartado e). Según la opinión general de las delegaciones, era necesario prever una aprobación a alto nivel para los casos especificados en el apartado, habida cuenta del carácter excepcional que tenían.

63. Tras convenir en que en el apartado no se hiciera ninguna referencia concreta al supuesto de "grave urgencia económica", el Grupo de Trabajo observó que en la Guía se diría que, excepcionalmente, se eximiría a los Estados que se encontraran en situaciones de crisis económica y financiera de la aplicación de la Ley Modelo a algunos casos de contratación pública, y que ello se haría a través de medidas legislativas (que a su vez estarían sujetas al examen del poder legislativo en el Estado promulgante). Según la opinión general, esas medidas afectarían a la aplicación de la Ley Modelo en su totalidad, y no únicamente a las disposiciones que regulan la contratación con un solo proveedor.

64. El Grupo de Trabajo aprobó el apartado e) y el párrafo 6) en su totalidad, tal como habían quedado revisados en el período de sesiones en curso.

Párrafo 7)

65. El Grupo de Trabajo señaló que el párrafo se basaba en varias disposiciones de la Ley Modelo de 1994, inclusive en las disposiciones repetitivas enunciadas en los artículos 17, 23, 24 y 37 de la Ley Modelo de 1994, entre otras.

66. El Grupo de Trabajo decidió:

a) Introducir, al principio del apartado a), las palabras "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 24 de la presente Ley,";

b) Limitar las remisiones del apartado a) a los "párrafos 3) a 5)" únicamente, y estudiar posteriormente, durante el período de sesiones, la inclusión en el texto de

una disposición que regule la notificación de una contratación con un único proveedor (en sustitución de la remisión al párrafo 6));

c) Introducir y definir en el artículo 2 el concepto de "convocatoria abierta" para regular los procedimientos de contratación pública iniciados mediante un anuncio o aviso, conforme a lo dispuesto en los artículos 24 y 37 de la Ley Modelo de 1994;

d) Mantener en el texto la expresión "convocatoria directa", que se emplea en el párrafo 3) del artículo 37 de la Ley Modelo de 1994, y definirla en el artículo 2 de la Ley Modelo revisada como opción distinta a la "convocatoria abierta";

e) Mantener en el texto del apartado b) todas las remisiones y actualizarlas según convenga;

f) Suprimir en el apartado c) la referencia a la "publicación internacional" y sustituir esas palabras por "la convocatoria realizada de conformidad con el párrafo 2) del artículo 24";

g) Agregar al inciso ii) del apartado c) la siguiente frase: "El Estado promulgante fijará, en las reglamentaciones de la contratación pública, el límite a partir del cual podrá invocarse la excepción prevista en el presente párrafo".

67. El Grupo de Trabajo aplazó hasta una fecha no especificada el examen del párrafo tal como había quedado revisados en el período de sesiones en curso.

Párrafo 8)

68. El Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 8).

Párrafo 9)

69. El Grupo de Trabajo observó que este párrafo se basaba en el párrafo 4) del artículo 18 de la Ley Modelo de 1994 y lo aprobó sin cambios.

El artículo 7 en su conjunto

70. El Grupo de Trabajo aplazó hasta una fecha no especificada el examen del proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el período de sesiones en curso.

Artículo 8. Comunicaciones en la contratación pública

71. El Grupo de Trabajo observó que esta propuesta de artículo se basaba en el artículo 5 *bis* que el Grupo de Trabajo había aprobado de forma preliminar en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 17 a 25). El Grupo de Trabajo convino en sustituir la remisión que se hacía en el párrafo 2) al artículo 7 2) b) por una remisión al artículo 7 7) a). El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 8 tal como había quedado revisado en el período de sesiones en curso.

Artículo 9. Participación de proveedores y contratistas

72. El Grupo de Trabajo observó que en esta propuesta se reproducía el texto del artículo 8 de la Ley Modelo de 1994 y aprobó sin cambios el proyecto de artículo.

Artículo 10. Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas (A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 71 y 72)

73. El Grupo de Trabajo señaló que el artículo propuesto se basaba en el texto del artículo 6 de la Ley Modelo de 1994 y que se habían introducido en él ligeras modificaciones para tener en cuenta las revisiones de la Ley Modelo que el Grupo de Trabajo había recomendado hasta la fecha. El Grupo de Trabajo observó en particular que se había enmendado el párrafo 2) para que pudieran evaluarse las calificaciones de todos los proveedores o únicamente las del proveedor al que se adjudicara el contrato. En lo que respecta al proyecto de nuevo párrafo 7), el Grupo de Trabajo observó que su texto se basaba en el artículo 10 de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo recordó que, en su sexto período de sesiones, había convenido de forma preliminar en enmendar el artículo 10 a fin de que el requisito de legalización fuera eventualmente aplicable solo al proveedor ganador de un concurso, y en combinar las disposiciones enmendadas del artículo 10 del texto de 1994 con un artículo revisado en que se regularan las calificaciones (véase A/CN.9/568, párrs. 127 y 128).

74. El Grupo de Trabajo no aceptó las propuestas de:

a) Suprimir, en el inciso iv) del párrafo 2), las palabras "en el Estado de que se trate"; y de

b) Introducir, en el inciso v) del párrafo 2), una cláusula en virtud de la cual, en el supuesto de una condena judicial, pudiera considerarse que los proveedores estaban, aun así, calificados, en razón de que: "habían demostrado convincentemente a la entidad adjudicadora que habían adoptado todas las medidas necesarias para impedir que se repitieran los hechos que hubieran dado lugar a la condena".

75. El Grupo de Trabajo convino en:

a) Sustituir, al final de la segunda frase del párrafo 4), el término "artículo" por la palabra "Ley", a fin de asegurar que, por ejemplo, pudieran resolverse adecuadamente los conflictos de interés;

b) Suprimir, en el párrafo 6), la remisión al párrafo 5) del artículo 12, ya que este no trataba de los criterios de calificación sino de los de evaluación;

c) Enmendar la remisión al párrafo 6) en el párrafo 7).

76. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el actual período de sesiones y pidió a la Secretaría que actualizara todas las remisiones según conviniera.

Artículo 11. Reglas relativas a la descripción del objeto del contrato adjudicable y las cláusulas y condiciones del contrato público o del acuerdo marco

77. El Grupo de Trabajo señaló que esta propuesta de revisión se basaba en el texto del artículo 16 de la Ley Modelo de 1994 y que guardaba relación con la propuesta de nueva definición en el apartado k) del artículo 2.

78. Se preguntó acerca de la fuente de la segunda frase del párrafo 3), pues su enunciado parecía similar al del párrafo 3) del artículo VI del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC, pero tenía un significado diferente. En ese

artículo del ACP se pretendía limitar las referencias a marcas comerciales y otras menciones. Se observó que la mención de marcas comerciales o de términos similares podía ser útil en la práctica, siempre y cuando fuera acompañada de una descripción genérica. En consecuencia, se propuso enmendar la segunda oración del párrafo 3) sustituyendo la frase subordinada que empezaba con las palabras "salvo que" por la siguiente frase: "salvo que el requisito o la mención vayan también acompañados de una descripción suficientemente precisa de las características más destacadas del objeto del contrato adjudicable y a condición de que se incluyan en la descripción palabras como 'o su equivalente'". No obstante, predominó la opinión de que el texto de la segunda oración del párrafo debería ajustarse al máximo a las disposiciones del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC por las que se limitaba la mención de marcas comerciales o de referencias similares.

79. El Grupo de Trabajo convino en que se enmendaran las palabras iniciales del párrafo 3) para que dijeran "en la medida en que resulte viable", a fin de dar cabida a especificaciones apropiadas basadas en los insumos, cuando fuera necesario, y también convino en que esta cuestión fuera explicada en la Guía; asimismo, el Grupo de Trabajo acordó que se ajustara la segunda frase a las disposiciones del párrafo 3) del artículo VI del ACP de la OMC.

80. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el actual período de sesiones.

81. El Grupo de trabajo observó que en la Guía también se señalarían a los Estados promulgantes las prácticas seguidas en algunos ordenamientos jurídicos, consistentes en requerir que en el pliego de condiciones se haga mención de la fuente de los términos técnicos empleados (como, por ejemplo, el vocabulario común europeo sobre contratación pública). Se indicó que en algunos Estados esas prácticas habían resultado útiles.

Artículo 12. Reglas relativas a los criterios de evaluación (A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 22 e), 26 a 31, 49 y 50)

82. El Grupo de Trabajo observó que esta propuesta de artículo se basaba en el texto de varias disposiciones de la Ley Modelo de 1994.

83. Las delegaciones apoyaron en general la sugerencia formulada en el párrafo 2) a) del artículo propuesto de que los criterios de evaluación guardaran relación con el objeto de la contratación pública. Se argumentó que este principio era fundamental para obtener el máximo rendimiento del dinero y que contribuiría a paliar los abusos. No obstante, se señaló que otros criterios de evaluación mencionados en el artículo, como los del párrafo 4) d), no guardaban relación con el objeto de la contratación pública.

84. Se apoyó la propuesta de mantener el párrafo 4) d) siempre y cuando los Estados promulgantes, en sus reglamentaciones de la contratación pública, regularan de forma precisa el modo en que los criterios enumerados en el párrafo 4) d) habían de aplicarse a los distintos procedimientos de contratación y, en consecuencia, la frase inicial del párrafo 5) se repitiera en el párrafo 4) d).

85. El Grupo de Trabajo convino en reestructurar el artículo para enunciar en él un principio general conforme al párrafo 2) a), previendo excepciones para los criterios establecidos en otras disposiciones del artículo que no guardaban relación con el

objeto de la contratación. El Grupo de Trabajo convino en que, cuando examine el artículo revisado, estudiaría si se justifica la introducción de las excepciones.

86. Hubo algunas discrepancias en torno a la sugerencia formulada en la nota 55 de pie de página del documento A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1. El Grupo de Trabajo decidió postergar el examen de la cuestión que, en dicha nota, se proponía plasmar en la Guía hasta que se examinaran las disposiciones revisadas de la Guía.

87. El Grupo de Trabajo aplazó hasta una fecha indeterminada el examen del proyecto de artículo según había quedado revisado en el actual período de sesiones.

Artículo 13. Reglas relativas al idioma utilizado

88. El Grupo de Trabajo observó que esta propuesta de revisión se basaba en el texto del artículo 17 de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo aprobó el artículo sin cambios, a reserva de que se actualizaran las remisiones. (Sobre una subsiguiente decisión que afecta al presente artículo, véase el párrafo 169 *infra*.)

Artículo 14. Garantías de la oferta

89. El Grupo de Trabajo observó que esta propuesta de revisión estaba basada en el artículo 32 de la Ley Modelo de 1994 (trasladado del capítulo III al capítulo I a fin de que las disposiciones relativas a la garantía de la oferta sean aplicables a todos los métodos de contratación). El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con el enfoque adoptado.

90. Se preguntó si este artículo sería también aplicable a toda garantía exigida respecto de un contrato concertado a raíz de un acuerdo marco. Prevaleció la opinión de que cabía exigir una garantía de la oferta en el contexto de un acuerdo marco, pero que este tema debería regularse en el capítulo dedicado a los acuerdos marco, y no en el artículo 14 propuesto. El Grupo de Trabajo tomó nota de las opiniones expresadas en el sentido de que la exigencia de una garantía en el contexto de un acuerdo marco debería ser tenida por una medida excepcional, dada la naturaleza de los acuerdos marco.

91. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo sin cambios.

92. El Grupo de Trabajo tomó nota de una sugerencia de que en la Guía se pusiera de relieve el carácter eventualmente oneroso de una garantía exigible de un proveedor o contratista, así como el efecto contraproducente de exigirla, además de las cuestiones del reconocimiento mutuo y del derecho de la entidad adjudicadora a rechazar, en algunos casos, la garantía ofrecida. El Grupo de Trabajo convino en aplazar el examen de estas cuestiones hasta el momento en que se examinaran las disposiciones revisadas de la Guía.

Artículo 15. Procedimiento de precalificación (A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 22 a) y b) y 57 d) a 59)

93. El Grupo de Trabajo observó que este artículo consolidaba disposiciones enunciadas en diversos artículos de la Ley Modelo de 1994. Se observó además que se habían propuesto algunas otras revisiones del texto de este artículo, particularmente para ajustarlo a lo dispuesto acerca de la preselección en las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada y en la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre este mismo

tema (los "instrumentos sobre proyectos de infraestructura")[3]. El Grupo de Trabajo pasó a examinar párrafo por párrafo el texto de este artículo.

Párrafo 1)

94. El Grupo de Trabajo señaló que, a tenor de los instrumentos sobre proyectos de infraestructura, la precalificación es obligatoria (A/CN.9/WG.I/WP.66, párr. 22 a)) y tomó nota de las razones dadas en esos instrumentos para hacer exigible la precalificación. El Grupo de Trabajo trató la cuestión de si procedía que el texto revisado de la Ley Modelo hiciera obligatoria la precalificación, en cuyo caso habría que especificar en cuáles de los métodos sería obligatoria.

95. El Grupo de Trabajo se mostró favorable a que la precalificación siguiera siendo un trámite optativo. Se sugirió que en la Guía se indicara el riesgo de que la precalificación fuera utilizada con el fin de limitar el acceso a la adjudicación de un determinado contrato.

96. El Grupo de Trabajo examinó la fórmula "antes de la convocatoria", que se había propuesto en sustitución de la frase "antes de que se presenten ofertas o propuestas" por las razones explicadas en el párrafo 58 del documento A/CN.9/WG.I/WP.66. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con la revisión sugerida.

Párrafos 2) a 8)

97. El Grupo de Trabajo aprobó estos párrafos sin cambios, con la salvedad del párrafo 5) f) que, conforme a lo acordado, se examinaría junto con el párrafo 9) (véanse los párrafos que figuran a continuación).

Párrafo 9)

98. El Grupo de Trabajo estudió: i) si procede que la entidad adjudicadora goce de un derecho a limitar el número de proveedores precalificados que serán admitidos para seguir participando en el proceso de adjudicación (práctica designada por el término "preselección"); ii) de retenerse ese derecho, cómo deberá garantizarse que la preselección sea imparcial y objetiva; y iii) si ese derecho únicamente debería preverse para los procesos de adjudicación más complejos que entrarían en el ámbito del capítulo IV del texto revisado de la Ley Modelo, o si cabría invocarlo respecto de cualquier tipo de contratación.

99. El Grupo de Trabajo señaló que los párrafos 5) f) y 9) propuestos (así como los consiguientes cambios en los párrafos 10) a 12) y en otras partes del texto revisado de la Ley Modelo) se habían convenido para dar cabida en la Ley Modelo a ese derecho. Se observó, a este respecto, que de este modo el texto revisado de la Ley Modelo sería conforme al de las disposiciones correspondientes de los instrumentos sobre proyectos de infraestructura (A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 22 b) y 59).

100. Se apoyó la inclusión en el nuevo texto revisado de reglas relativas a la preselección a fin de darle mayor flexibilidad. Se observó que la práctica de la preselección era frecuente en los grandes proyectos y que también se recurría a ella para sondear el mercado. Se opinó también que, sin la preselección, no habría

[3] Pueden consultarse, a partir de la fecha del presente informe, en www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

ninguna diferencia real entre la licitación abierta con precalificación y la licitación abierta sin esa etapa previa, por lo que la precalificación tal vez supondría una carga suplementaria para la entidad adjudicadora.

101. Se expresó la reserva de que, permitiendo la preselección, se introduciría un factor de subjetividad que podría dar lugar a prácticas abusivas y discriminatorias. Se indicó que muchos proveedores ya se mostraban reacios a participar en procesos de adjudicación que requieran precalificación, a causa de los gastos que entraña esa etapa previa, por lo que el hecho de permitir la preselección podría constituir un factor disuasorio.

102. Se insistió firmemente en que si se admitía la práctica de la preselección, debería exigirse que se aplicara con objetividad y transparencia. Se sugirió, por ello, exigir, en la Ley Modelo, que en los documentos de precalificación se anunciara que habría una preselección y se indicara toda la información pertinente sobre los procedimientos y criterios de preselección. No obstante, se puso en duda que fuera posible regular la preselección de modo que se realizara imparcial y objetivamente.

103. Prevaleció la opinión de que todo proveedor o contratista precalificado debería poder presentar ofertas. El Grupo de Trabajo convino en que no debía disponerse nada acerca de la preselección y en que, por lo tanto, se suprimieran los párrafos 5) f) y 9) así como los consiguientes cambios que se habían propuesto para otros párrafos del proyecto de artículo y otras disposiciones del texto.

104. Se sugirió que la Guía recordara que la imposición de requisitos estrictos de precalificación podría, de todos modos, limitar el número de proveedores precalificados.

Párrafo 10)

105. Habida cuenta de su decisión de que no se regulara la preselección en el artículo referente a la precalificación, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimieran los textos entre corchetes que figuraban en este párrafo. El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo con dicho cambio.

Párrafo 11)

106. El Grupo de Trabajo convino en que se insertaran las palabras “sin dilación” después del término “comunicará”, y en que se suprimiera el texto entre corchetes. El Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que, dado que la fórmula “sin dilación” se prestaba a lecturas sujetivas, se explicara en la Guía que el aviso habría de darse antes de la convocatoria.

107. Se cuestionó el significado de una última frase (por la que se exime a la entidad adjudicadora de tener que justificar sus motivos para descalificar a un proveedor). Se sugirió que se reformulara el texto actual teniendo en cuenta lo dispuesto en el capítulo relativo a las vías de recurso, con miras a dar margen para todo intercambio informativo importante y, de ser necesario, para interponer un recurso. El Grupo de Trabajo hizo suya la sugerencia de que en la Guía se explicaran los motivos de las revisiones introducidas en el texto de 1994 insistiendo, en particular, en que en la Ley Modelo revisada se reforzaban considerablemente los mecanismos para interponer demandas.

108. El Grupo de Trabajo aprobó, con esos cambios, el proyecto de párrafo 11.

Párrafo 12)

109. Se expresó el parece de que este párrafo contemplaba un segundo ejercicio de calificación, lo cual resultaba incoherente con lo dispuesto en materia de precalificación. Por lo tanto, se estimó preferible insertar el contenido de este párrafo en el artículo 10, junto con lo dispuesto en el párrafo 8) de dicho artículo, y se convino en eliminar toda repetición que pudiera haber entre las disposiciones así fusionadas. Se convino además en que la Guía explicara el interés de un segundo ejercicio de calificación en el caso de que, durante el proceso de adjudicación, se produjera un cambio en las calificaciones de la empresa. Se hizo remisión a la orientación ya impartida acerca de esta cuestión (párrafo 3 del comentario sobre el artículo 7 de la Guía), que sería incorporada al texto revisado del comentario relativo a las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo.

El artículo 15 en su conjunto

110. El Grupo de Trabajo aprobó el artículo tal como había quedado revisado en el período de sesiones en curso.

Artículo 16. Rechazo de todas las ofertas

111. El Grupo de Trabajo observó que en este artículo se reproducía el texto del artículo 12 de la Ley Modelo de 1994.

112. Se apoyó la sugerencia de que se suprimiera, en la frase inicial del párrafo 1), el requisito de aprobación por una autoridad de alto nivel, habida cuenta de que las ventajas del proceso de aprobación podrían resultar ilusorias y también con el fin de no imponer una carga burocrática innecesaria. Se consideró que los mecanismos de recurso previstos en la Ley Modelo revisada ya ofrecerían salvaguardias suficientes contra todo posible abuso. El Grupo de Trabajo hizo suya esta sugerencia.

113. En respuesta a una pregunta formulada acerca de si la entidad adjudicadora debía estar obligada a reservarse el derecho a rechazar todas las ofertas en el pliego de condiciones, las delegaciones en general se declararon partidarias de no imponer tal obligación. Según el criterio general, bastaría con que el derecho a rechazar todas las ofertas estuviera previsto en la legislación y el mero hecho de que no se hiciera constar en el pliego de condiciones no debería afectar a tal derecho. Por consiguiente, se propuso que, en la primera frase del párrafo 1), se suprimieran las palabras “, de estar ello previsto en el pliego de condiciones”. El Grupo de Trabajo se adhirió a esta propuesta.

114. En respuesta a una pregunta acerca de si la entidad adjudicadora debería aducir motivos para justificar la decisión de rechazar todas las ofertas, se opinó en general que no debería imponérsele este requisito de justificación, pero que la entidad adjudicadora debería informar a los proveedores o contratistas interesados de su decisión y de los motivos que la justificaran. El Grupo de Trabajo señaló que las justificaciones serían importantes en caso de adoptarse decisiones relativas a la igualdad de tratamiento o a la no discriminación entre los proveedores; en otros casos, incluso en el caso previsto en el artículo en que todos debieran justificar la decisión, se impondría a la entidad adjudicadora una carga excesiva sin que ello supusiera claras ventajas. Se convino en que en la Guía se aclarara esa distinción y

en que se subrayara que normalmente las decisiones de rechazar todas las ofertas no estarían sujetas a revisión, a menos que hubiera prácticas abusivas.

115. Se sugirió que, en la segunda frase del párrafo 1), se suprimieran las palabras: “, pero no estará obligada a motivar sus razones”. También se sugirió que se suprimieran las palabras “y que lo solicite”. Otras delegaciones se opusieron a la supresión de estas palabras.

116. El Grupo de Trabajo aplazó hasta otro momento la decisión de aprobar la propuesta de revisión del artículo.

117. El Grupo de Trabajo convino en que, en el artículo y en otras disposiciones de la Ley Modelo revisada, los términos “en el pliego de condiciones o en otro documento equivalente” deberían sustituirse simplemente por las palabras “en el pliego de condiciones”.

Artículo 17. Rechazo de las ofertas anormalmente bajas

118. El Grupo de Trabajo observó que el texto de este artículo coincidía con el que el Grupo de Trabajo acordó de forma preliminar en su 12º período de sesiones (véase el proyecto de artículo 12 *bis* en los párrafos 44 a 55 del documento A/CN.9/640).

119. Una delegación propuso que en el párrafo 1) se mencionara expresamente la posibilidad de que se presentaran ofertas anormalmente bajas en situaciones de blanqueo de dinero. Se señaló que esta cuestión ya se había debatido en anteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo y que se trataría en la Guía revisada conforme a lo ya acordado.

120. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo sin cambios.

Artículo 18. Rechazo de una oferta por razón de los incentivos ofrecidos por el proveedor y contratista o por haber algún conflicto de intereses

121. El Grupo de Trabajo observó que este artículo se basaba en el texto del artículo 15 de la Ley Modelo de 1994.

122. El Grupo de Trabajo aceptó la propuesta de que se suprimiera la frase inicial en el encabezamiento del párrafo 1). En cambio, no aceptó la sugerencia de que se suprimieran también todas las palabras de tenor similar que figuraban en otras disposiciones de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo convino en la necesidad de prever disposiciones por las que se exigiera que las aprobaciones a alto nivel se decidieran caso por caso.

123. Teniendo en cuenta las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo sobre el tema de los conflictos de interés en el 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párr. 116), el Grupo de Trabajo estudió la posibilidad de incluir en el artículo una disposición por la que se exigiera el rechazo de toda oferta presentada en circunstancias que hicieran suponer que existía un conflicto de intereses, tanto para el proveedor o el contratista como para la entidad adjudicadora. El Grupo de Trabajo estudió un posible nuevo enunciado del párrafo 1), cuyo texto sería el siguiente:

> “1. La entidad adjudicadora rechazará una propuesta cuando:

a) El proveedor o contratista que la haya presentado ofrezca, conceda o acuerde conceder directa o indirectamente a un funcionario o empleado actual o anterior de la entidad adjudicadora o de otra autoridad gubernamental cualquier tipo de gratificación, una oferta de empleo o cualquier oferta de servicio o de valor como, por ejemplo, un incentivo que afecte a un acto o decisión de la entidad adjudicadora, o a un procedimiento seguido por ella, en relación con el procedimiento de contratación pública; o cuando

b) El proveedor o contratista haya adquirido una ventaja competitiva a raíz de un conflicto de intereses que vaya en contra de las normas promulgadas en virtud de la presente Ley."

124. Respecto del apartado b) de la propuesta se puso de relieve que las normas sobre conflictos de interés no solo figuraban en las reglamentaciones promulgadas en virtud de los regímenes de la contratación pública sino también en disposiciones de otras ramas del derecho. Por consiguiente, se sugirió que en el apartado se hiciera referencia a las normas sobre conflictos de interés del Estado promulgante, a fin de que quedaran englobadas en su ámbito todas las reglamentaciones aplicables. Se aceptó la propuesta con este cambio.

125. El Grupo de Trabajo aprobó el artículo tal como había quedado revisado en el actual período de sesiones.

Artículo 19. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato (A/CN.9/WG.I/WP.66, párr. 57a))

126. El Grupo de Trabajo observó que este artículo se basaba en el texto del artículo 36 de la Ley Modelo de 1994, que se había enmendado a raíz de la introducción en él de un período de parálisis (A/CN.9/664, párrs. 45 a 55 y 72). El Grupo de Trabajo también tomó nota de la propuesta consistente en insertar el artículo en el capítulo I de la Ley Modelo revisada en sustitución del artículo 13 de la Ley Modelo de 1994, a fin de regular la aceptación de la oferta ganadora y la entrada en vigor del contrato adjudicado, aplicable a todos los métodos de contratación, y no solo a la licitación. Se señaló al Grupo de Trabajo el hecho de que las disposiciones de la Ley Modelo de 1994 que regulaban estas cuestiones no eran idénticas para todos los métodos de contratación. El Grupo de Trabajo hizo suyo el enfoque propuesto y procedió a examinar el artículo párrafo por párrafo.

Párrafo 1)

127. El Grupo de Trabajo observó que este párrafo se basaba en la primera frase del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo sin cambios.

Párrafo 2)

128. El Grupo de Trabajo observó que este párrafo se había incluido en el texto a raíz de la decisión que había adoptado de introducir en la Ley Modelo revisada disposiciones sobre un período de parálisis (véase A/CN.9/664, párrs. 45 a 55 y 72). El Grupo de Trabajo señaló asimismo que este párrafo se basaba en las disposiciones

pertinentes de la Directiva 2007/66/CE de la Unión Europea, de 11 de diciembre de 2007 (artículo 2a. Plazo suspensivo)[4].

129. Se convino en que, en las disposiciones introductorias del párrafo 2), se reformularan las palabras "decisión de aceptar la oferta ganadora" haciendo referencia, en su lugar, a la decisión que se propusiera adoptar la entidad adjudicadora y a la determinación provisional de la oferta ganadora. Se señaló que, de este modo, el texto se ajustaría de manera lógica al criterio de introducción del período de parálisis; así, una vez que la entidad adjudicadora eligiera o determinara la oferta ganadora, no podría adoptarse ninguna decisión sobre la aceptación de tal oferta hasta que hubiera expirado el período de parálisis, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4) del artículo. A raíz de esta modificación, sería preciso introducir cambios en otras partes del artículo y armonizar las diferencias entre las versiones en distintos idiomas. Se convino asimismo en que, en el encabezamiento del mismo párrafo, se formularan de otro modo las palabras "que hayan participado en el proceso de adjudicación", de modo que hicieran referencia a los demás participantes, y en que en la Guía se diera una explicación adecuada al respecto.

130. En cuanto al apartado b) del párrafo 2), el Grupo de Trabajo observó que las disposiciones de ese apartado guardaban una estrecha relación con la propuesta de nuevos párrafos 3) y 4) del artículo 22 y que deberían armonizarse en lo que respecta al tipo de información sobre la evaluación de las ofertas que pudiera revelarse a los proveedores o contratistas que participaran en el proceso y en lo que respecta a la etapa del procedimiento de contratación en que ello pudiera hacerse. Se subrayó que era muy importante que los proveedores o contratistas que participaran en el proceso de contratación recibieran suficiente información sobre el proceso de evaluación de las ofertas a fin de poder aprovechar útilmente el período de parálisis.

131. Se sostuvo que en este párrafo las excepciones a las disposiciones sobre revelación de información se habían redactado con un criterio demasiado amplio, lo cual podría impedir la transparencia, y que deberían formularse de nuevo haciendo únicamente referencia a la información confidencial. Se respondió que los términos propuestos eran de tenor similar a los empleados en el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC (artículo XVIII 4)) y en las directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública[5]. El Grupo de Trabajo convino en estudiar la posibilidad de revisar el enunciado del párrafo en un futuro período de sesiones. El Grupo de Trabajo convino también en que en la Guía se explicara que debe entenderse que las palabras "menoscabe la competencia comercial debida" se refieren a los riesgos de menoscabar la competencia no solo en un determinado procedimiento de contratación sino también en procedimientos subsiguientes.

132. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que complementara las disposiciones del apartado c) del párrafo 2) relativas al envío del aviso de un período de parálisis o moratoria con términos en los que se precisara que tal envío debe efectuarse sin tardanza y por medios fiables. Se convino en que se introdujeran las mismas enmiendas en las otras partes del artículo en que se hace referencia al envío de avisos.

---

[4] Puede consultarse, a partir de la fecha del presente informe, en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm#remedies.

[5] Directiva 2004/17/CE, artículo 49 2); y Directiva 2004/18/CE, artículos 35 4), 41 3) y 69 2). Ambas pueden consultarse, a partir de la fecha del presente informe, en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm#remedies.

133. Respecto del apartado c) del párrafo 2) también se puso en entredicho que se sugirieran, entre corchetes, plazos a tal efecto. Otra opción, que aceptó el Grupo de Trabajo, consistiría en dejar en manos del Estado promulgante la determinación de esos plazos. Se convino en que en la Guía se indicara que esta cuestión se regulaba de diferentes maneras en la legislación de cada Estado y que, incluso en un mismo ordenamiento jurídico, el Estado promulgante podía fijar, en distintos momentos, plazos diferentes, por ejemplo, en función del grado de utilización de los medios electrónicos de comunicación en la contratación pública. El Grupo de Trabajo convino en que la cuestión de los plazos se enunciara como principio general, concretamente especificando que el plazo debería ser lo suficientemente largo para poder efectuar debidamente la revisión.

134. El Grupo de Trabajo decidió postergar hasta otro momento el examen de la propuesta de revisión del párrafo.

Párrafo 3)

135. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 14º período de sesiones, había decidido que el requisito de un período de parálisis o moratoria podría resultar contraproducente cuando, por razones urgentes de interés público, la contratación pública tuviera que seguir adelante sin dilación (A/CN.9/664, párr. 72). El Grupo de Trabajo confirmó esa decisión. Además, pidió que a ese respecto se armonizaran las versiones en los distintos idiomas.

136. El Grupo de Trabajo procedió a examinar otros casos en los que se justificaría la exención de la aplicación de un período de parálisis. En este contexto, señaló las disposiciones pertinentes de la Directiva 2007/66/CE de la Unión Europea por las que se permite no aplicar el período de parálisis en las contrataciones por un importe bajo y en los casos en que no se requiera la publicación previa del aviso de adjudicación de un contrato (como en los procedimientos negociados sin la publicación previa de un aviso de contrato) (artículo 2 b).

137. El Grupo de Trabajo convino en aceptar la exención propuesta para las contrataciones de bajo valor. Señalando la interacción entre las disposiciones y la propuesta de párrafo 3) del artículo 20 (por la que se eximía de la obligación de publicar avisos de adjudicación de contratos en las contrataciones de bajo valor), el Grupo de Trabajo, de conformidad con el enfoque adoptado en ese artículo, decidió dejar que cada Estado promulgante determinara el límite apropiado para ese tipo de contrataciones.

138. El Grupo de Trabajo aprobó el párrafo tal como había quedado revisado en el período de sesiones en curso.

Párrafos 4) a 10)

139. El Grupo de Trabajo observó que estos párrafos se basaban en las disposiciones del artículo 36 de la Ley Modelo de 1994, con las consiguientes modificaciones introducidas al haberse previsto un período de parálisis y habida cuenta de las disposiciones sobre las vías de recurso enunciadas en el capítulo VII de la Ley Modelo revisada.

140. El Grupo de Trabajo aprobó los párrafos en el entendimiento de que, cuando procediera, se introducirían en ellos los cambios pertinentes para tener en cuenta la

decisión del Grupo de Trabajo relativa al envío de avisos (véase el párrafo 132 *supra*).

Párrafo 11)

141. El Grupo de Trabajo convino en que se enmendara la fórmula "conforme proceda", empleada en el párrafo 11), para expresar mejor la idea de que no todas las disposiciones de este artículo son aplicables a los acuerdos marco.

142. En el contexto de la nota 21 de pie de página del documento A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2, el Grupo de Trabajo tomó nota de que, con arreglo a la Directiva 2007/66/CE de la UE, se había suprimido el requisito de la moratoria impuesta a raíz de la adjudicación del contrato en la segunda etapa competitiva del proceso adjudicatorio, dado que se estimó engorrosa y contraria a una de las ventajas principales de un acuerdo marco, es decir, a su eficiencia.

143. Se expresó también el parecer de que la moratoria no debería ser aplicable a los proyectos adjudicados con arreglo a un acuerdo marco abierto, ya que la red electrónica utilizada en estos acuerdos dotaría al proceso adjudicatorio de suficiente transparencia. Se señaló que, de otro modo, se restaría agilidad al funcionamiento de acuerdos marco abiertos.

144. El Grupo de Trabajo aplazó hasta otro momento el examen de este párrafo.

El artículo 18 en su conjunto

145. El Grupo de Trabajo aplazó la aprobación del texto revisado de este artículo, en espera de que se examinaran, en particular, los párrafos 2) y 11) (véanse los párrafos 134 y 144 *supra*).

Artículo 20. Anuncio público de los contratos adjudicados y de todo acuerdo marco concertado (A/CN.9/WG.I/WP.66, párr. 60)

146. El Grupo de Trabajo observó que este artículo se basaba en el texto del artículo 14 de la Ley Modelo de 1994.

147. El Grupo de Trabajo convino en que se agregaran al artículo revisado disposiciones relativas a: i) los acuerdos marco; ii) la divulgación del nombre o nombres de los proveedores o contratistas; y iii) la obligación de publicar avisos trimestrales de todos los contratos adjudicados con arreglo a un acuerdo marco abierto (pero no cerrado) (se expresó el parecer de que este requisito resultaría engorroso en un acuerdo marco cerrado).

148. El Grupo de Trabajo aprobó el texto del proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el período de sesiones en curso.

Artículo 21. Confidencialidad

149. El Grupo de Trabajo observó que este artículo se basaba en las disposiciones del artículo 45 de la Ley Modelo y en la disposición modelo 24 de las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (uno de los instrumentos sobre proyectos de infraestructura).

150. Respecto del párrafo 1), se preguntó si la regla que en él se enunciaba impediría que se diera a conocer información que debiera divulgarse en la apertura pública de las ofertas.

151. El Grupo de Trabajo aceptó la propuesta de que se reformulara este artículo con miras a que su texto reflejara que el requisito de confidencialidad era también aplicable a otros datos facilitados por los proveedores o contratistas, tales como los datos presentados por un proveedor en su solicitud de precalificación, explicitándose el sentido de esta enmienda en el comentario de la Guía.

152. El Grupo de Trabajo aplazó el examen del resto de este proyecto de artículo.

Artículo 22. Expediente del proceso de adjudicación (A/CN.9/WG.I/WP.66, párr. 61)

153. El Grupo de Trabajo tomó nota de que este artículo se basaba en el texto del artículo 11 de la Ley Modelo de 1994.

154. Se expresaron dudas sobre si la fórmula "si son conocidos por la entidad adjudicadora", referida al precio en el párrafo 1) e), era apropiada, dado que no era probable que la entidad adjudicadora desconociera la información a la que se refería ese apartado. Se subrayó además la necesidad de que esos datos fueran consignados en el expediente final del proceso de adjudicación a fin de permitir la reconsideración efectiva del proceso en su conjunto. Se observó que en el encabezamiento del párrafo 1) se hablaba de la obligación de llevar un expediente del proceso, exigiéndose que se actualizaran los datos a medida que fueran llegando. Se aclaró que debía entenderse que se exigía de la entidad adjudicadora que consignara en el expediente todos los datos enumerados en el párrafo 1) en la medida en que los conociera. Se indicó además que el texto complementario de la Guía ponía de manifiesto la importancia de la fórmula cuestionada, habida cuenta la naturaleza particular de algunos contratos. El Grupo de Trabajo convino en que se revisara el párrafo 1) e) a fin de que quedara claro su sentido.

155. El Grupo de Trabajo convino en que se mencionara en el párrafo 1) k) todo dato que debería consignarse si se rechazaba alguna oferta por haber violado el concursante el reglamento de la subasta, y en que el Grupo de Trabajo agregara ulteriormente otros datos al texto.

156. Se opinó que convendría ajustar el texto de los párrafos 1) m) y 4) a) al de otras disposiciones de la Ley Modelo.

157. El Grupo de Trabajo aplazó la aprobación de este proyecto de artículo hasta que se hubieran resuelto todas las cuestiones pendientes.

2. CAPÍTULO II. MÉTODO DE LA LICITACIÓN (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2)

Artículo 23. Licitación nacional

158. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el artículo 23 de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo aprobó este artículo sin cambios.

Artículo 24. Métodos de la convocatoria a licitación

159. El Grupo de Trabajo observó que en el artículo propuesto se reproducía el texto del artículo 24 de la Ley Modelo de 1994, a excepción de las disposiciones relativas a la solicitud de precalificación, trasladadas al nuevo artículo 15 propuesto, que el Grupo de Trabajo ya había examinado en su actual período de sesiones (véanse los párrafos 93 a 110 *supra*). El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios este proyecto de artículo.

Artículo 25. Contenido de la convocatoria a licitación

160. El Grupo de Trabajo observó que en el artículo propuesto se reproducía el texto del artículo 25 de la Ley Modelo de 1994, a excepción de las disposiciones relativas a la convocatoria a precalificación, que se habían plasmado en el nuevo artículo 15 propuesto y que el Grupo de Trabajo ya había examinado en su período de sesiones en curso (véanse los párrafos 93 a 110 *supra*).

161. El Grupo de Trabajo convino en enmendar el apartado j) a fin de mencionar las modalidades aplicables para la presentación de ofertas, con miras a permitir su presentación por vía electrónica, y en efectuar los cambios pertinentes en los artículos subsiguientes de este capítulo.

162. El Grupo de Trabajo aprobó este proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el período de sesiones en curso.

Artículo 26. Entrega del pliego de condiciones

163. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el texto del artículo 26 de la Ley Modelo de 1994. Habida cuenta de lo que había decidido con respecto al artículo 15 (véase el párrafo 103 *supra*), el Grupo de Trabajo decidió suprimir el texto entre corchetes.

164. El Grupo de Trabajo aprobó este proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el período de sesiones en curso.

Artículo 27. Contenido del pliego de condiciones

165. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el artículo 27 de la Ley Modelo de 1994 y que se habían efectuado algunos cambios en su texto, particularmente en sus apartados d) y e), a fin de tener en cuenta los proyectos de artículo 11 y 12, respectivamente. Se convino en que en el apartado e), se hiciera referencia a los coeficientes relativos de ponderación utilizables en la valoración.

166. El Grupo de Trabajo aprobó este proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el período de sesiones en curso.

Artículo 28. Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones

167. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el texto del artículo 28 de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios este proyecto de artículo.

168. Se convino en que se mencionara, en el comentario de la Guía dedicado a este artículo, lo dispuesto en el artículo 30 2) relativo a la prórroga del plazo para la

presentación de ofertas. Se observó además que en el contexto de la contratación por vía electrónica, toda obligación que tuviera la entidad adjudicadora de facilitar datos o aclaraciones a algún proveedor o contratista dependería de que el solicitante de la información hubiera ya dado a conocer a la entidad adjudicadora sus datos personales.

Artículo 29. Idioma de las ofertas

169. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el artículo 29 de la Ley Modelo de 1994 y que se había sugerido fusionar su texto con el del proyecto de artículo 13. El Grupo de Trabajo aprobó esa sugerencia.

Artículo 30. Presentación de las ofertas

170. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el artículo 30 de la Ley Modelo de 1994 y que en el párrafo 5) se reproducía el texto preliminar aprobado por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (véase A/CN.9/640, párr. 28).

171. Se convino en que se reformulara en términos tecnológicamente neutrales el párrafo 1) y toda disposición similar en la que se hablara de "un lugar". Se convino asimismo en hacer remisión, en el párrafo 1), a los artículos 25 j), 27 n) y a los párrafos 2) y 3) del artículo 30.

172. El Grupo de Trabajo aprobó este proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el actual período de sesiones.

173. El Grupo de Trabajo aceptó la sugerencia de que en la Guía se examinara la naturaleza del recibo que habría de darse, conforme al párrafo 5) b) del artículo propuesto, y se indicara que el certificado de recepción entregado por la entidad adjudicadora tendría el valor de prueba concluyente.

Artículo 31. Plazo de validez de las ofertas; modificación y retirada de una oferta

174. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el texto del artículo 31 de la Ley Modelo de 1994.

175. Ante la propuesta de suprimir la segunda frase del párrafo 2) a) por resultar superflua, el Grupo de Trabajo tomó nota de que el observador del Banco Mundial había señalado que esa disposición era a menudo invocada en proyectos financiados por el Banco Mundial, en supuestos en los que la entidad adjudicadora no conseguía evaluar todas las ofertas a tiempo, por lo que se veía obligada a prorrogar el plazo para su presentación. En tales casos, se dijo que los proveedores podrían, pero sin estar obligados a ello, prorrogar la validez de su oferta y el hecho de negarse a hacerlo no supondría la pérdida de la garantía de la oferta. Se observó que procedía examinar los motivos para la inclusión de esta regla en la Ley Modelo.

176. El Grupo de Trabajo decidió postergar el examen de este proyecto de artículo.

Artículo 32. Apertura de las ofertas

177. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el artículo 33 de la Ley Modelo de 1994 y que en su párrafo 2) se reproducía el texto preliminar aprobado por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (véase

A/CN.9/640, párr. 38). El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios este proyecto de artículo.

178. Se convino en que se aclarara en la Guía que las modalidades establecidas por la entidad adjudicadora para la apertura de las ofertas (fecha y hora, lugar cuando fuera aplicable, y otros factores) debían dar margen para que asistieran a la misma los proveedores o contratistas.

Artículo 33. Examen, evaluación y comparación de las ofertas

179. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el texto del artículo 34 de la Ley Modelo de 1994 y que se había propuesto introducir enmiendas en los párrafos 1) a), 2) a), 3), 4) y 8).

180. El Grupo de Trabajo convino en aplazar el examen de las sugerencias formuladas en el actual período de sesiones consistentes en que:

a) Se restringiera el alcance de la remisión amplia que se hacía al pliego de condiciones en el párrafo 2) a), limitándolo a los requisitos pertinentes;

b) Se hiciera una remisión, en el párrafo 3 c), al artículo 11, conforme se proponía en la nota 79 del documento A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2;

c) Se volviera a estudiar la procedencia de utilizar el concepto de "oferta más económica" en el párrafo 4 b) ii);

d) Se insertara, al comienzo del párrafo 4 b) i), el texto siguiente: "Cuando el precio sea el único criterio utilizable para la adjudicación", y, al comienzo del párrafo 4 b) ii): "Cuando sean aplicables el precio y otros criterios para la adjudicación".

181. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que le presentara estas sugerencias entre corchetes; que estudiara la historia de los preparativos de las disposiciones afectadas, y la manera en que se hayan resuelto cuestiones similares en los instrumentos internacionales ya aplicables; y que lo informara de sus conclusiones al procederse al examen de dichas disposiciones.

Artículo 34. Prohibición de negociaciones con los proveedores o contratistas

182. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el texto del artículo 35 de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios este proyecto de artículo.

3. CAPÍTULO III. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA LICITACIÓN RESTRINGIDA, LA LICITACIÓN CON DOS SOBRES Y LA SOLICITUD DE COTIZACIONES (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3)

Artículo 35. Licitación restringida (A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 38 a 40)

183. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto era una fusión de los artículos 20 y 47 de la Ley Modelo de 1994.

184. El Grupo de Trabajo examinó las dos variantes presentadas para este artículo y las diferencias entre ellas. El Grupo de Trabajo tomó nota de las razones por las que se había propuesto la segunda variante, que se explicaban en los párrafos 38 a 40 del documento A/CN.9/WG.I/WP.66. Se invitó al Grupo de Trabajo a que estudiara la

cuestión de si, cuando el procedimiento de contratación fuera sumamente complejo o especializado, habría que requerir la licitación abierta con una etapa de precalificación en vez de la licitación restringida, para garantizar así la transparencia y la objetividad del procedimiento.

185. Algunos delegados declararon preferir la variante 1. El Grupo de Trabajo puso de relieve las posibles ventajas de que se mantuviera la variante 1 para las contrataciones especializadas, en particular porque, de fracasar la licitación abierta, podría ser la única opción viable, especialmente para los productos de salud y farmacéuticos.

186. Algunos delegados manifestaron su preferencia por la opción 2, tal como estaba redactada, o propugnaron que en ella se hiciera referencia a los productos altamente especializados.

187. Otra delegación sugirió que se suprimieran ambas variantes y que se eliminara, entre los métodos de contratación previstos en la Ley Modelo, la licitación restringida. Esta sugerencia se justificó por el hecho de que, según la experiencia observada en algunos ordenamientos jurídicos, la licitación restringida propiciaba abusos y una actitud subjetiva. Se señaló que con la licitación abierta con precalificación o preselección podrían lograrse los mismos objetivos que en la licitación restringida, pero de forma más transparente.

188. Se sugirió, por otra parte, que se recurriera a las disposiciones del Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC como elementos de base para revisar este artículo de la Ley Modelo. Se pidió a la Secretaría que redactara un proyecto de variante 3 que se basara en esta propuesta para que el Grupo de Trabajo la examinara ulteriormente.

189. El Grupo de Trabajo convino en que, independientemente de la variante que se adoptara, habría que suprimir, al principio del párrafo 1), el requisito de una aprobación de alto nivel.

190. Varias delegaciones sugirieron que las disposiciones referentes a la preselección de los proveedores o contratistas de forma no discriminatoria se complementara en la Guía con los ejemplos de cómo lograr en la práctica la no discriminación. Frente a esta sugerencia se señaló que, en la contratación de productos altamente especializados ofrecidos por pocos proveedores, por ejemplo, ya se preveían criterios objetivos.

191. Se sugirió que se ampliaran las disposiciones del párrafo 3) en lo referente a la publicación de un aviso de licitación restringida, especificándose el calendario, el contenido y el propósito de tal publicación. Por otra parte, se indicó que las disposiciones constituirían una reiteración de las ya enunciadas en el capítulo sobre la licitación, por lo que se manifestó la preferencia de resolver el problema mediante una remisión explícita. El Grupo de Trabajo hizo suyo este criterio.

192. El Grupo de Trabajo aplazó hasta otro momento el examen de todas las variantes de este artículo.

Artículo 36. Licitación con dos sobres

193. El Grupo de Trabajo observó que el título del artículo propuesto era nuevo y trataba del proceso de evaluación en dos etapas, pero que su texto seguía de cerca el

enunciado del artículo 42 de la Ley Modelo de 1994 (solicitud de procedimiento de selección sin negociaciones para la contratación de servicios). Se señaló también que el artículo propuesto se basaba además en los artículos 19 1) a) i) y 37 y, en general, en las disposiciones del capítulo IV de la Ley Modelo de 1994.

194. El Grupo de Trabajo examinó si el artículo era necesario y, a este respecto, estudió en qué medida el método de contratación que en él se regulaba difería de la licitación (si comenzaba con un anuncio público) o de la licitación restringida (si comenzaba sin ningún aviso público).

195. Se expresó el parecer de que convendría mantener en el texto el método de contratación enunciado en el artículo propuesto, pues de hecho las características indicadas lo diferenciaban de la licitación. En particular se señaló que, conforme a este método, se presentaban simultáneamente dos sobres con diferente contenido, pero que se abrían uno después del otro: en primer lugar se abría el sobre en que se especificaban los criterios cualitativos y técnicos y, en segundo lugar, una vez finalizada la evaluación de los criterios cualitativos y técnicos, se abría el sobre en el que se indicaba el precio ofrecido.

196. A juicio de otra delegación, habría que suprimir esas disposiciones, dado que no habían resultado útiles en la práctica e introducían en el proceso de evaluación elementos subjetivos en forma de factores cualitativos. Se indicó asimismo que este artículo suscitaría dificultades en la práctica, concretamente para asegurar el carácter confidencial de la información sobre el precio hasta que concluyera la evaluación de los criterios técnicos y cualitativos. Se estimó que, en algunos casos, no era posible terminar el examen de esos criterios sin disponer de la información sobre el precio.

197. Otra delegación propuso que se suprimiera el artículo, pero que se explicara en la Guía que los procedimientos que preveía eran muy poco frecuentes, aunque en la práctica se utilizaban. Se sugirió asimismo que el método previsto en este artículo fuera considerado una variante de la licitación o de la negociación competitiva.

198. En cambio, otras delegaciones opinaron que en algunos ordenamientos jurídicos este método estaba muy difundido y había resultado útil. Algunos delegados consideraron que tal vez las objeciones que había suscitado el método no correspondían a hechos inevitables. También se estimó que quizá este método no fuera apropiado en algunos procedimientos de contratación, por ejemplo, en casos sumamente complejos en que no fuera posible hacer una evaluación completa si no se estudiaban simultáneamente el precio y los demás criterios. Sin embargo, según se dijo, no habría que deducir de ello que el método no servía para ninguna contratación.

199. Frente a la preocupación por el hecho de que, conforme al párrafo 6), habría flexibilidad en la adjudicación del contrato y de que esa adjudicación se realizaría sin transparencia, se argumentó que la forma de adjudicarlo tendría que especificarse en los pliegos de condiciones (que se rigen por el capítulo II).

200. El Grupo de Trabajo tomó nota de las sugerencias de enmiendas del texto y, en particular, del argumento según el cual algunas disposiciones, como el apartado b) del párrafo 6), no se ajustaban a otras disposiciones de la Ley Modelo revisada. Se señaló asimismo que en la Ley Modelo revisada no se habían definido los conceptos de “licitación abierta” y “licitación directa” y que el mantenimiento de

estos conceptos en el artículo propuesto dependería de la decisión que adoptara el Grupo de Trabajo a ese respecto.

201. El Grupo de Trabajo convino en mantener el artículo en el proyecto, pero decidió postergar su examen. Se acordó que en la Guía se explicara el alcance que pretendía darse al artículo.

Artículo 37. Solicitud de cotizaciones

202. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el texto de los artículos 21 y 50 de la Ley Modelo de 1994, pero que se habían enmendado los términos que figuraban entre corchetes en el párrafo 1) con el fin de que pudieran solicitarse cotizaciones para todos los tipos de contratación normalizada o común que no estuvieran sujetos a determinadas especificaciones o a requisitos técnicos.

203. El Grupo de Trabajo convino en suprimir, en la primera frase del párrafo 1), el requisito de aprobación a alto nivel.

204. Con respecto al requisito enunciado en el párrafo 3) del artículo de que se solicitaran cotizaciones a un mínimo de proveedores o contratistas, se señaló al Grupo de Trabajo que, según los expertos, tendría que haber, como mínimo, cinco participantes para garantizar una verdadera competencia. Por consiguiente, se invitó al Grupo de Trabajo a estudiar si bastaba con tres participantes, conforme al requisito basado en la Ley Modelo de 1994. Se respondió que era preferible seguir requiriendo el número más bajo posible de participantes, por lo que se consideraba satisfactorio que se exigiera, como mínimo, un número de tres proveedores o contratistas.

205. Sin embargo, se expresaron reparos acerca de las palabras “si es posible”, que se habían agregado al requisito mínimo de tres proveedores. Se observó que el artículo regulaba los productos de libre adquisición que ya contaban con un mercado, de modo que siempre sería posible solicitar cotizaciones de tres proveedores por lo menos, especialmente en el contexto de la contratación electrónica. Se sugirió que se suprimieran las palabras “si es posible”, habida cuenta de que, por esta razón, podían dar pie a abusos y a criterios subjetivos. En sentido contrario, se propugnó el mantenimiento de la flexibilidad en el texto del párrafo.

206. La mayoría de las delegaciones propugnaron la supresión de esas palabras. Frente a los argumentos de quienes se oponían a ella se explicó que cuando las condiciones del mercado no permitieran a la entidad adjudicadora recurrir a tal método de contratación, esta tenía la posibilidad de adoptar el método de la contratación con un único proveedor. Se indicó asimismo que en la Guía se explicaría que si, por ejemplo, tras solicitarse cotizaciones a tres o más proveedores, solo se recibían una o dos cotizaciones, el proceso de contratación podía continuar de todos modos.

207. El Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras “si es posible”. Se señaló que esos términos se repetían en otras disposiciones de la Ley Modelo, pero que el Grupo de Trabajo estudiaría caso por caso la posibilidad de mantener las disposiciones pertinentes.

208. El Grupo de Trabajo aprobó el artículo tal como había quedado revisado en el actual período de sesiones y convino en examinar, a su debido tiempo, la sugerencia

de que en la Guía se especificara el carácter no vinculante que tenían las cotizaciones, a diferencia de las licitaciones, las ofertas o las propuestas.

4. CAPÍTULO IV. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA LICITACIÓN EN DOS ETAPAS, LA SOLICITUD DE PROPUESTAS Y LA NEGOCIACIÓN COMPETITIVA (A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 21, 22 y 70, y A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3)

209. El Grupo de Trabajo observó que las dos cuestiones principales que debían examinarse en el contexto de este capítulo eran: i) si debían armonizarse las disposiciones de este capítulo de la Ley Modelo revisada con las de los instrumentos sobre proyectos de infraestructuras con financiación privada y, en caso afirmativo, cómo debía procederse a ello; y ii) cómo debía garantizarse la transparencia en la evaluación efectuada en los métodos de contratación con negociación, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 12 sobre los criterios de evaluación.

210. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición una propuesta de artículo 40 (Solicitud de propuestas) y de artículo 41 (Negociación competitiva) cuyo texto consolidado era el siguiente:

"*Artículo [40]. Negociación competitiva*

1) Cuando la adjudicación se haya de hacer mediante negociación competitiva, la entidad adjudicadora entablará negociaciones con un número suficiente de proveedores o contratistas para asegurar una competencia efectiva.

2) La entidad adjudicadora solicitará propuestas del mayor número de proveedores o contratistas pero, de ser posible, de un mínimo de tres.

3) La entidad adjudicadora publicará en un periódico de gran difusión internacional, o en una publicación profesional o revista técnica sobre la materia que tenga una gran difusión internacional, un anuncio destinado a quienes tengan interés en presentar propuestas, salvo que por razones de economía o eficiencia no considere conveniente hacerlo; ese anuncio no conferirá derecho alguno a los proveedores o contratistas, ni siquiera el derecho a que su propuesta sea evaluada.

4) La entidad adjudicadora establecerá los criterios que habrán de tenerse en cuenta para evaluar las propuestas y determinará la ponderación relativa que se asignará a cada uno de ellos y la manera en que serán aplicados. Estos criterios serán:

a) La competencia relativa, tanto técnica como de gestión, del proveedor o contratista;

b) La eficacia de la propuesta presentada por el proveedor o contratista para atender las necesidades de la entidad adjudicadora; y

c) El precio indicado por el proveedor o contratista en la propuesta y el costo del funcionamiento, el mantenimiento y la reparación de los bienes o las obras objeto de la propuesta.

5) La solicitud de propuestas contendrá, por lo menos, los siguientes datos:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) Una descripción de la necesidad a que obedezca la solicitud, inclusive los parámetros técnicos y de otra índole a que habrá de ajustarse la propuesta, así como, en el caso de las obras, el lugar de estas y, en el caso de los servicios, el lugar donde hayan de prestarse;

c) Los criterios que se han de tener en cuenta para evaluar la propuesta, de ser posible expresados en dinero, la ponderación relativa que se asignará a cada uno de ellos y la manera en que serán aplicados; y

d) La estructura y cualesquiera otras instrucciones, inclusive plazos, que se refieran a la propuesta.

6) Las modificaciones o aclaraciones de la solicitud de propuestas, incluida la modificación de los criterios para evaluarlas a que se hace referencia en el párrafo 3) del presente artículo, serán comunicadas a todos los proveedores o contratistas concurrentes.

7) La entidad adjudicadora procederá de manera tal que no se revele el contenido de las propuestas a los proveedores o contratistas concurrentes.

8) La entidad adjudicadora podrá entablar negociaciones con los proveedores o contratistas respecto de sus propuestas y podrá pedir o autorizar que las revisen siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Las negociaciones entre la entidad adjudicadora y cada proveedor o contratista tendrán carácter confidencial;

b) A reserva de lo dispuesto en el artículo [22], ninguna de las partes en las negociaciones podrá revelar a nadie, sin el consentimiento de la otra parte, datos técnicos, de precios u otros datos relacionados con el mercado que guarden relación con las negociaciones;

c) Se dará oportunidad de participar en las negociaciones a todos los proveedores o contratistas que presentaron propuestas que no hayan sido rechazadas.

9) Los requisitos, las directrices, los documentos, las aclaraciones u otros datos relativos a las negociaciones que la entidad adjudicadora comunique a un proveedor o contratista serán comunicados igualmente a los demás proveedores o contratistas que estén negociando con la entidad adjudicadora.

10) Las negociaciones entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista tendrán carácter confidencial y, a reserva de lo dispuesto en el artículo [22], ninguna de las partes en ellas revelará a nadie, sin el consentimiento de la otra, datos técnicos, de precios u otros datos relacionados con el mercado que guarden relación con las negociaciones.

11) Una vez concluidas las negociaciones, la entidad adjudicadora invitará a los proveedores o contratistas que sigan participando en el proceso de contratación a que presenten, para una fecha determinada, su mejor oferta definitiva respecto de cada elemento de su propuesta. La entidad adjudicadora determinará la oferta ganadora basándose en las mejores ofertas definitivas que se hayan presentado.

12) La entidad adjudicadora aplicará el siguiente procedimiento para la evaluación de las propuestas:

a) Solo se tendrán en cuenta los criterios enumerados en el párrafo 3) del presente artículo en la forma indicada en la solicitud de propuestas;

b) La eficacia de una propuesta para atender las necesidades de la entidad adjudicadora se evaluará por separado, al margen del precio ofrecido;

c) La entidad adjudicadora no estudiará el precio de una propuesta hasta haber concluido su evaluación técnica.

13) El contrato será adjudicado al proveedor o contratista cuya propuesta atienda mejor las necesidades de la entidad adjudicadora; esta decisión se adoptará en función de los criterios para la evaluación de las propuestas que se enuncien en la solicitud y sobre la base de su ponderación relativa y de la forma de aplicarlos, también enunciadas en la solicitud."

211. Se explicó que en el proyecto de Ley Modelo revisada estos dos métodos se caracterizaban como métodos distintos, si bien en la práctica las solicitudes de propuestas correspondían normalmente al tipo de contratación utilizado para entablar negociaciones competitivas. Se indicó además que la propuesta enunciada en el párrafo anterior constituía una fusión de los dos artículos, donde solo se había eliminado un párrafo para evitar repeticiones.

212. El Grupo de Trabajo decidió postergar el examen de todo el presente capítulo junto con el mencionado proyecto de artículo, que se había propuesto en el actual período de sesiones.

5. CAPÍTULO V. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LA SUBASTA ELECTRÓNICA INVERSA (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3)

Artículo 42. Condiciones para la utilización de la subasta electrónica inversa

213. El Grupo de Trabajo observó que este artículo se basaba en el texto que fue enmendado en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 56 y 57, y A/CN.9/WG.I/WP.59, párr. 3) y que se habían introducido en él los pequeños cambios necesarios para tener en cuenta las revisiones ya propuestas para la Ley Modelo.

214. El Grupo de Trabajo convino en que se sustituyeran las palabras "los bienes, las obras o los servicios" por la fórmula "el objeto del contrato adjudicable", debiéndose explicar en la Guía las modalidades de adjudicación en las que cabría utilizar la subasta electrónica inversa.

215. Se sugirió enmendar el texto del párrafo 2) a) a fin de insertar una referencia a las "mercancías normalizadas". Esta sugerencia fue posteriormente retirada al llegarse al acuerdo de que esta cuestión sería examinada en el texto de la Guía que complementara al párrafo 2) a). Se propuso también que la Guía facilitara al Estado promulgante algunos textos que lo ayudaran a regular las subastas electrónicas inversas que están solo en función del precio.

216. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el período de sesiones en curso.

Artículos 43 a 48

217. El Grupo de Trabajo observó que el texto de los artículos 43 a 48 se había revisado a raíz del examen que se había hecho de las disposiciones relativas a las subastas electrónicas inversas en el 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 62 a 92).

218. Respecto del artículo 47 1) c), el Grupo de Trabajo estudió el alcance de la información que se habría de divulgar en el curso de la subasta, además de la fórmula utilizada al respecto y de los resultados de la evaluación inicial, como, por ejemplo, los datos concernientes a todas las ofertas, junto con su puntuación cualitativa. El Grupo de Trabajo examinó además el riesgo de que la divulgación de estos datos diera lugar a prácticas de colusión. Se invitó al Grupo de Trabajo a que estudiara otra formulación de este texto que permitiera al concursante consultar los datos acerca de su oferta, así como los datos sobre la oferta mejor puntuada o a la mejora requerida para que la suya pasara a serlo.

219. Se convino en mantener la formulación actual del artículo 47 1) c) en el entendimiento de que la Guía hiciera ver los riesgos de colusión y facilitara ejemplos de prácticas eficaces para mitigarlos.

220. Se sugirió que, en el artículo 48, se sustituyera la expresión "la oferta evaluada más baja" por "la oferta mejor evaluada", dado que en la práctica se aceptaba la mejor oferta o la oferta mejor puntuada, y no la oferta evaluada más baja. Se indicó que la formulación del texto actual de este artículo podría resultar confusa. El Grupo de Trabajo observó que el cambio sugerido debería examinarse junto con otras disposiciones de la Ley Modelo, como el proyecto de artículo 12 relativo a los criterios de evaluación. Se señaló también que los términos empleados en el proyecto de artículo 48 se basaban en los utilizados en el texto de 1994.

221. El Grupo de Trabajo tomó nota de las observaciones de algunos delegados de que tal vez resultara provechoso que la subasta fuera seguida por una licitación tradicional entre los dos concursantes mejor puntuados. Se expresó el parecer contrario, al explicarse que la subasta perdería el valor competitivo que le era propio si iba a dar lugar a una licitación final. El Grupo de Trabajo decidió no examinar más a fondo esta cuestión.

222. A reserva de lo indicado en el párrafo 220 *supra*, el Grupo de Trabajo aprobó los artículos 43 a 48.

6. CAPÍTULO VI. PROCEDIMIENTOS PARA LOS ACUERDOS MARCO (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4)

223. El Grupo de Trabajo tomó nota de que se había revisado el texto completo del capítulo relativo a los procedimientos para los acuerdos marco, a fin de tener en cuenta las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/664, párrs. 75 a 110). El Grupo de Trabajo tenía así, por primera vez, a su disposición el texto revisado de este capítulo. Se invitó al Grupo de Trabajo a que estudiara el orden actual de las disposiciones, que se habían redactado presentando por separado las disposiciones relativas a los acuerdos marco abiertos y los referentes a los acuerdos marco cerrados (véase A/CN.9/664, párr. 90). Se invitó al Grupo de Trabajo a que examinara si los procedimientos

previstos deberían ser aplicables a todos los tipos de contratación, inclusive la contratación negociada o la contratación en que las especificaciones no se facilitaran al comienzo del procedimiento, sino más adelante, pues en el texto actual habían quedado de hecho excluidos ambos tipos de contratación.

224. Se expresó el parecer de que tal vez fuera necesario permitir el recurso a la vía negociada una vez concluido el acuerdo marco. Se sugirió que, al revisarse el capítulo IV, se formularan disposiciones por las que se permitiera el recurso a la negociación en el contexto de un acuerdo marco. El Grupo de Trabajo hizo suyas estas sugerencias.

225. El Grupo de Trabajo procedió a examinar este capítulo artículo por artículo. (Sobre la decisión relativa a este capítulo que el Grupo de Trabajo ha adoptado en este período de sesiones, véase el párrafo 90 *supra*.)

Artículo 49. Condiciones para la utilización de un procedimiento para acuerdos marco

226. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en los párrafos 1, 4, 5, 6 y 7 del artículo 22 *ter* que el Grupo de Trabajo examinó en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6), y que se había reordenado su texto para ajustarlo a las disposiciones equivalentes relativas a las subastas electrónicas inversas. Se tomó nota también de que el texto contiene nuevas definiciones.

227. Se apoyó la propuesta de que se suprimieran las condiciones de empleo enunciadas en el párrafo 1), dado que resultaban demasiado restrictivas y que podían dar lugar a quejas injustificadas. Se dijo que lo mejor sería que el contenido de las disposiciones se reflejara en la Guía.

228. No obstante, otras delegaciones consideraron que era importante mantener las condiciones de empleo, dado que la contratación con arreglo a un acuerdo marco era inherentemente anticompetitiva y se prestaba a abusos o a prácticas indebidas. Se sugirió que se reformularan las condiciones de modo que se previeran otros supuestos en los que estaría justificado recurrir a un acuerdo marco. Se propuso agregar al texto un apartado c) sin ningún límite particular pero que exigiera que la entidad adjudicadora justificara su decisión de recurrir a los procedimientos propios de un acuerdo marco. Se sugirió también que se mantuviera el texto actual de este párrafo, explicándose en la Guía que en algunos otros casos cabría también recurrir a procedimientos de acuerdos marco.

229. El Grupo de Trabajo convino en: mantener el texto de los párrafos 1) y 3) entre corchetes, a fin de volverlo a examinar en una etapa ulterior; y en plasmar el contenido del párrafo 2) en el artículo 2 (Definiciones). Se expresaron reservas por el hecho de que el capítulo contenía otras muchas disposiciones que obligaban a consignar en el expediente del proceso de contratación diversas de las decisiones adoptadas en el desarrollo de un acuerdo marco. Se sugirió que se unificaran esas disposiciones con miras a examinarlas más adelante.

Artículo 50. Información que deberá especificarse cuando se solicite por vez primera la participación en un procedimiento de acuerdo marco

230. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en el artículo 51 *novies* que el Grupo de Trabajo examinó en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6), cuyo texto se había simplificado mediante remisiones internas a las disposiciones de rango imperativo propuestas para los artículos 53 (acuerdos marco cerrados) y 56 (acuerdos marco abiertos). Se había evitado también toda repetición innecesaria y se habían incorporado al texto las decisiones del Grupo de Trabajo respecto del texto anterior (véase A/CN.9/664, párrs. 78 a 82).

231. Se sugirió que la mención que se hacía en el apartado f) de los criterios de evaluación fuera aplicable a los acuerdos marco tanto abiertos como cerrados, por lo que deberían suprimirse las palabras "inclusive, en el caso de los acuerdos marco cerrados,". Se explicó, no obstante, que en un acuerdo marco abierto no habría evaluación competitiva alguna en esta etapa y en que se examinaría únicamente la conformidad de la oferta y las calificaciones. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con el contenido de este párrafo, pero se sugirió que se reformulara en términos más claros y que se diera una explicación adecuada en la Guía. Se convino también en que se sustituyera la fórmula "los criterios de evaluación" por "todo criterio de evaluación aplicable".

232. Respecto del apartado g), el Grupo de Trabajo examinó la información requerida para la convocatoria en los artículos 25 y 27 de la Ley Modelo que debería especificarse en el pliego de condiciones para un acuerdo marco, y si todo dato especificado podría ser objeto de alguna precisión adicional requerida en la segunda etapa de un acuerdo marco cuando dicha etapa no fuera competitiva. Se estimó que el texto actual resultaba suficiente, pero que el Grupo de Trabajo examinaría en una etapa ulterior toda sugerencia que se hiciera respecto de su texto.

233. A reserva de los cambios indicados y de la posible inclusión de un requisito suplementario (véase el párrafo 248 *infra*), el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo.

Artículo 51. Prohibición de enmiendas de fondo durante la vigencia del acuerdo marco

234. El Grupo de Trabajo observó que esta propuesta de artículo se basaba en la descripción de "enmienda de fondo" que fue dada en el Grupo de Trabajo durante su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párr. 101 c) y d)).

235. Respecto del párrafo 2), se invitó al Grupo de Trabajo a que examinara si procedía insertar la definición de "enmienda de fondo" en la Ley Modelo, y no en la Guía, conforme se sugirió en el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo. Se expresó el parecer de que, al ser una disposición esencial, debería mantenerse en el propio texto de la Ley Modelo, por lo que podría figurar en el artículo 2 (Definiciones). En cambio, otras delegaciones consideraron que debería insertarse en la Guía.

236. Se objetó que el texto entre corchetes, al final del párrafo 2), estaba formulado en términos demasiado amplios. Se sugirió que ese texto se eliminara de la Ley

Modelo, pero que se plasmara su contenido en la Guía, explicando los motivos por los que se formuló esa definición.

237. A reserva de que se trasladara a la Guía el texto entre corchetes, el Grupo de Trabajo convino en mantener la definición en la Ley Modelo, pero dejándola entre corchetes a fin de examinarla en una etapa ulterior, junto con toda propuesta que presentaran los delegados al respecto. (Sobre la decisión posteriormente adoptada por el Grupo de Trabajo, que afecta a la definición de "enmienda de fondo", véase el párrafo 273 f) *infra*.)

Artículo 52. Primera etapa de un procedimiento de acuerdo marco cerrado

238. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en los artículos 51 *octies* y *decies* que el Grupo de Trabajo examinó en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6), que se revisaron a raíz de la decisión del Grupo de Trabajo de que los procedimientos relativos a los acuerdos marco abiertos y a los aplicables a los acuerdos marco cerrados se regularan por separado (véase A/CN.9/664, párrs. 83 a 88 y 90). El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo sin cambios.

Artículo 53. Requisitos mínimos para un acuerdo marco cerrado

239. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en los párrafos 2 y 3 del proyecto de artículo 22 *ter* que el Grupo de Trabajo examinó en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6). En aras de la claridad, su texto había pasado a ser un artículo independiente dedicado exclusivamente al procedimiento para los acuerdos marco cerrados (véase A/CN.9/664, párr. 90).

240. El Grupo de Trabajo convino en que, en el párrafo e), se sustituyeran las palabras "la frecuencia prevista" por "la posible frecuencia".

241. Respecto del párrafo 1) c), se invitó al Grupo de Trabajo a que estudiara si se había previsto adecuadamente el supuesto de que no fuera posible precisar alguna de las condiciones del acuerdo marco en la etapa inicial (por ejemplo, la idea de que "se perfilaran" las condiciones en una segunda etapa no competitiva). Se convino en dejar el texto como estaba, pero se decidió que en la Guía se subrayara la necesidad de reglamentar ese supuesto eficazmente.

242. Respecto del párrafo 1) f), se invitó al Grupo de Trabajo a que examinara la posibilidad de prever también otro método de adjudicación del contrato, tal vez por rotación, y a que estudiara si ese otro método resultaría viable habida cuenta de lo dispuesto en el artículo relativo a los criterios de evaluación (artículo 12 propuesto). El Grupo de Trabajo señaló que los principios adoptados por la Ley Modelo respecto de los criterios de evaluación no daban margen para prever otros métodos de adjudicación del contrato, por lo que se convino en no modificar el texto del apartado propuesto.

243. Respecto del párrafo 2), se invitó al Grupo de Trabajo a que examinara la eventual necesidad de prever una disposición que salvaguardara la competitividad del proceso adjudicatorio en acuerdos con múltiples proveedores; de ser así, habría que estudiar si sería conveniente fijar un número mínimo (de tres o de cinco proveedores) que se determinaría en función de lo que previeran las disposiciones correspondientes a la convocatoria de propuestas o cotizaciones (véase el

párrafo 204 *supra*). Se sugirió que se eliminara toda referencia a una cifra determinada, dejando que el Estado promulgante determinara el número pertinente de proveedores.

244. Se convino en complementar el párrafo 5) con textos de la Guía en que se advirtiera del riesgo que entrañaban los acuerdos marco cerrados de larga duración a causa de su naturaleza potencialmente anticompetitiva.

245. El Grupo de Trabajo aprobó el texto del proyecto de artículo tal como había quedado revisado en su período de sesiones en curso.

Artículo 54. Segunda etapa de un procedimiento de acuerdo marco cerrado

246. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en los artículos 51 *duodecies* y 51 *terdecies* que el Grupo de Trabajo examinó en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6), cuyos textos fueron unificados, conforme a lo decidido por el Grupo de Trabajo en ese período de sesiones (véase A/CN.9/664, párr. 106), y actualizados para reflejar las revisiones introducidas en los capítulos I y II de la Ley Modelo.

247. Se observó además que el artículo 54 propuesto era idéntico al proyecto de artículo 57 con excepción de su párrafo 2), que contenía disposiciones únicamente aplicables a los procedimientos para acuerdos marco cerrados. Se convino en fusionar según convenga los textos de los artículos 54 y 57.

248. Respecto del párrafo 4) b), se expresó el parecer de que debería informarse de antemano a los proveedores o contratistas sobre los plazos para la presentación de ofertas en la segunda parte. Se consideró que esa información era importante para el proveedor o contratista en el momento de decidir si deseaba ser parte en el acuerdo marco. Se sugirió que esta cuestión se examinara en el contexto del artículo 50 g) propuesto, en la medida en que no se hubiera ya previsto, explicándose en la Guía que esa información tendría valor indicativo y no sería vinculante para la entidad adjudicadora.

249. A reserva de lo expuesto en el párrafo 247 *supra,* el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo.

Artículo 55. Primera etapa del procedimiento para acuerdos marco abiertos

250. El Grupo de Trabajo observó que el artículo propuesto se basaba en los artículos 51 *octies* y 51 *decies* que el Grupo de Trabajo examinó en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6), y que se revisaron a raíz de la decisión del Grupo de Trabajo de que los procedimientos relativos a los acuerdos marco abiertos y los aplicables a los acuerdos marco cerrados se regularan por separado (véase A/CN.9/664, párrs. 83 a 88 y 90).

251. Se señaló que la obligación de publicar los nombres de las partes en un acuerdo marco podría dar pie a prácticas colusivas, por lo que habría que enmendar en consecuencia el texto del párrafo 4) a). Habida cuenta de lo decidido al respecto al examinarse el artículo 20 en el actual período de sesiones (véanse los párrafos 146 a 148 *supra*), el Grupo de Trabajo no aceptó esta sugerencia.

252. Respecto del párrafo 6), se convino en que se dejaran entre corchetes las palabras “en un plazo máximo de […] días” a fin de que el propio Estado promulgante determine, según convenga, la duración de este plazo.

253. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el actual período de sesiones.

Artículo 56. Requisitos mínimos para los acuerdos marco abiertos

254. El Grupo de Trabajo convino en que en el artículo se hiciera referencia a la duración del acuerdo marco abierto. En este contexto se mencionó la nota 16 de pie de página del documento A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo.

Artículo 57. Segunda etapa del procedimiento para acuerdos marco abiertos

255. El Grupo de Trabajo recordó la decisión que había adoptado anteriormente de suprimir el artículo 57 propuesto, dado que su contenido ya se había plasmado en el artículo 54 (véase el párrafo 247 *supra*).

7. CAPÍTULO VII. VÍAS DE RECURSO

256. El Grupo de Trabajo observó que este capítulo se había revisado en su totalidad para tener en cuenta las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/664, párrs. 18 a 74). El Grupo de Trabajo procedió a examinar el capítulo artículo por artículo.

Artículo 58. Recurso de reconsideración

257. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios la propuesta de artículo.

Artículo 59. Reconsideración por la entidad adjudicadora o por la autoridad que dio su aprobación

258. El Grupo de Trabajo observó que esta propuesta de artículo se basaba en el texto del artículo 53 de la Ley Modelo de 1994, el cual se había revisado para tener en cuenta las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/664, párrs. 28 a 33 y 65). Se señaló que el apartado b) del párrafo 1) debía examinarse conjuntamente con las propuestas de artículo 19 (disposiciones relativas a un período de parálisis) y de artículo 62 (disposiciones sobre la suspensión del proceso de contratación).

259. Se sugirió que se reformulara la propuesta de artículo para dejar claro que el recurso de reconsideración previsto en el artículo era facultativo. Se opinó además que no sería apropiado fijar un número determinado de días en el apartado b) del párrafo 1), ya que ese número de días variaría de una contratación a otra. Se convino en que en las disposiciones del artículo no se fijara un número determinado de días y que se dejara en manos del Estado promulgante la decisión al respecto. Se convino también en que en la Guía se señalara, a este respecto, a los Estados promulgantes el plazo que se preveía en el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC.

260. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo.

Artículo 60. Recurso ante un órgano administrativo independiente

261. El Grupo de Trabajo observó que esta propuesta de artículo se basaba en el texto del artículo 54 de la Ley Modelo de 1994, que se había revisado para tener en

cuenta las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/664, párrs. 35, 36, 39, 44, 53, 55 y 56).

262. El Grupo de Trabajo convino en:

a) Insertar en este artículo una nota de pie de página conforme a lo sugerido en la nota 38 del documento A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4;

b) Suprimir, en el párrafo 2), la palabra "originario", y explicar en la Guía el significado que pretendía darse a las disposiciones;

c) Suprimir, en el párrafo 2), la referencia a un número determinado de días y dar una explicación pertinente en la Guía de conformidad con la decisión que sobre esta misma cuestión había adoptado el Grupo de Trabajo en relación con el artículo 59 1) b) (véase el párrafo 259 *supra*);

d) Sustituir, en el párrafo 3), la remisión que se hace al párrafo 5) del artículo 62 por una remisión al párrafo 3) de dicho artículo;

e) Mantener, en el apartado f) del párrafo 5), solo la variante I, cuyo texto debería ajustarse a las disposiciones pertinentes de instrumentos internacionales, como el artículo XX 7) c) del ACP de la OMC y el artículo XVIII 7) b) del texto provisionalmente convenido para la revisión del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC[6];

f) Trasladar a la Guía la variante II del apartado f) del párrafo 5) dando explicaciones sobre los motivos para su supresión, concretamente que el hecho de permitir la compensación de las pérdidas previstas resultaba muy perjudicial para el proceso de contratación, ya que con ello se propiciaba más la presentación de demandas. Se sugirió también que en la Guía se explicara la evolución de las reglamentaciones a este respecto y que se pusieran de relieve las disposiciones pertinentes del ACP de la OMC y del texto convenido para la revisión de dicho Acuerdo;

g) Aclarar en la Guía el significado del concepto de "órgano administrativo independiente", y en particular si dicho órgano debe estar o no integrado por expertos externos. Se observó que en la Guía se podrían señalar las alteraciones que podría sufrir el proceso de contratación si no había independencia en la adopción de decisiones en la etapa de reconsideración, pues las decisiones serían objeto de apelación y con ello se demoraría aún más el proceso.

263. Se sugirió que en el párrafo 3) se suprimieran las palabras "en el plazo previsto", pues se consideraban subjetivas. Se replicó que esas palabras no entrañaban ningún tipo de subjetividad y que solo pretendían indicar que los recursos debían presentarse en el plazo prescrito en el párrafo 2).

264. A raíz de la sugerencia formulada de que el texto del apartado a) del párrafo 5) se trasladara al encabezamiento del párrafo, se pidió a la Secretaría que investigara los antecedentes de redacción de las disposiciones. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de esa sugerencia hasta que se hubieran estudiado las conclusiones de la Secretaría.

---

[6] Véase el documento GPA/W/297, que a partir de la fecha del presente informe puede consultarse en www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

265. A reserva de lo indicado en el párrafo 264 *supra*, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo tal como había quedado revisado en el actual período de sesiones.

Artículo 61. Ciertas normas aplicables a los procedimientos de examen de recursos previstos en los artículos 59 y 60

266. El Grupo de Trabajo observó que la propuesta de artículo se basaba en el texto del artículo 55 de la Ley Modelo de 1994, que se había revisado para tener en cuenta las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/664, párrs. 59 y 60).

267. El Grupo de Trabajo convino en:

a) Reformular el párrafo 4) para eliminar la ambigüedad que pudieran generar las palabras "los documentos pertinentes";

b) Plantearse la inclusión en los párrafos 3) y 4) de excepciones a la divulgación por razones de confidencialidad, especificándose en la Guía que las consideraciones de confidencialidad no deberían ser obstáculo para un juicio equitativo y una audiencia justa;

c) Aclarar en la Guía que los términos "los participantes en los procedimientos de reconsideración" podrían englobar a distintos grupos de participantes en función del momento en que se celebrara el procedimiento, y especificar además que los participantes cuyas presentaciones hubieran sido rechazadas o hubieran quedado descalificadas tal vez no pudieran gozar del derecho a participar en el procedimiento de reconsideración.

268. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo.

Artículo 62. Suspensión del proceso de contratación, y
Artículo 63. Recurso contencioso-administrativo

269. El Grupo de Trabajo observó que las propuestas de esos nuevos artículos se basaban en los textos de los artículos 56 y 57 de la Ley Modelo de 1994, respectivamente. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios los proyectos de artículo.

8. Título de la Ley Modelo

270. Se convino en que el título de la Ley Modelo fuera el siguiente: "Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública".

9. Preámbulo

271. Se sugirió que se modificara el texto del párrafo b) del preámbulo para poner de relieve que el objetivo primordial de la Ley Modelo era fomentar el comercio internacional. La propuesta consistía en que se suprimieran las palabras "en particular, cuando proceda, la de proveedores y contratistas". En cambio, otras delegaciones opinaron que las disposiciones que figuraban en el texto de 1994 eran importantes y debían mantenerse, y que la principal finalidad de la Ley Modelo era promover el objetivo de los Estados promulgantes de lograr la máxima eficiencia en los procesos de contratación pública. Se señaló, por tanto, que las prioridades indicadas en el preámbulo eran correctas y que no deberían modificarse.

10. Definiciones

272. El Grupo de Trabajo observó que las propuestas de revisión del artículo 2 debían examinarse juntamente con las definiciones enunciadas en los proyectos de artículo 49 y 51 (véanse los párrafos 229 y 234 a 237 *supra*) y juntamente con las siguientes nuevas definiciones:

> "Por 'licitación abierta' se entenderá la convocatoria publicada en ... (el Estado promulgante especificará aquí la gaceta oficial u otra publicación oficial en la que deberá publicarse la convocatoria a licitación).
>
> Por 'licitación directa' se entenderá la convocatoria a licitación dirigida a un proveedor o proveedores o a un contratista o contratistas [escogidos/ especificados]."

273. Se convino en:

a) Insertar entre corchetes, en el artículo 2, las dos nuevas definiciones reproducidas en el párrafo anterior a fin de someterlas a un examen ulterior;

b) Mantener, en el apartado a) del artículo 2, las palabras "de bienes, obras o servicios" seguidas de las palabras entre paréntesis "que sean objeto del contrato adjudicable", que así se utilizarían en el texto de la Ley Modelo;

c) Explicar en la Guía que con las palabras "por cualquier medio", en el apartado a) del artículo 2, se pretendía indicar que la contratación no solo se llevaba a cabo mediante una adquisición sino también por otros medios como el arrendamiento y que, por lo tanto, no debería entenderse que esas palabras daban pie a que se recurriera a medios ilícitos;

d) Suprimir, en el apartado k) del artículo 2, las palabras "del objeto del contrato adjudicable";

e) Suprimir las definiciones de los incisos i) a iii) del apartado l) del artículo 2 de la Guía;

f) Insertar en el artículo 2 las definiciones enunciadas en las propuestas de artículo 49 y 51, tal como habían quedado revisadas en el actual período de sesiones.

274. El Grupo de Trabajo aprobó el proyecto de artículo 2 tal como había quedado revisado en el período de sesiones en curso.

V. Otros asuntos

275. El Grupo de Trabajo señaló que algunos delegados habían expresado reservas acerca de la calidad de los documentos traducidos, en particular en las versiones francesa y española. Concretamente, se formuló la queja de que algunas disposiciones de la versión original inglesa de los documentos no se habían traducido en absoluto y que había habido dificultades para entender otras disposiciones que sí se habían traducido.

276. Algunos delegados insistieron ante el Grupo de Trabajo que lo ideal debería seguir siendo que se finalizara el proyecto durante el 42º período de sesiones de la Comisión, en 2009, pero que ese objetivo no debería menoscabar las consideraciones

ni el contenido final del instrumento y que los delegados y la Secretaría no deberían sentirse presionados para concluir su labor en ese plazo.

277. El Grupo de Trabajo señaló que el proyecto revisado, con los cambios introducidos en el período de sesiones en curso, estaría a disposición de la Comisión en su 42º período de sesiones, en julio de 2009. No obstante, habida cuenta de las revisiones que deben introducirse en el texto, el Grupo de Trabajo pidió que se hiciera lo posible por programar un período de sesiones suplementario del Grupo de Trabajo antes de que se reuniera la Comisión, preferiblemente en mayo.

278. El Grupo de Trabajo subrayó que tal vez no habría tiempo suficiente para concluir la labor de investigación y de redacción pendientes antes de ese eventual período de sesiones suplementario en mayo. Con respecto a los métodos de contratación que prevén negociaciones, una delegación se declaró dispuesta a presentar un documento de sesión con una propuesta de revisión del capítulo IV.

279. Se expresaron dudas acerca de la utilidad de celebrar un período de sesiones en mayo si luego no podían recogerse los resultados de la reunión en un instrumento que se presentara a la Comisión. Frente a este argumento se explicó que cabría presentar a la Comisión el informe del período de sesiones de mayo y que el texto revisado podría recogerse en documentos de sesión que se presentaran durante su período de sesiones. Se indicó que se mantendrían nuevas consultas con la Mesa de la Comisión sobre la conveniencia de convocar un período de sesiones suplementario del Grupo de Trabajo y, en general, sobre la planificación del 42º período de sesiones de la Comisión.

280. El Grupo de Trabajo aceptó la propuesta de que los documentos que se prepararan tras el período de sesiones en curso para continuar el debate antes del 42º período de sesiones de la Comisión se consignaran en el sitio de la CNUDMI en Internet en cuanto estuvieran traducidos a los distintos idiomas oficiales.

G. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 15º período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.66 y Add.1 a 5) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-4
II.	Panorama general de la labor del Grupo de Trabajo sobre la revisión de la Ley Modelo	5-72
A.	Contratación pública de servicios	16-25
B.	Evaluación y comparación de las ofertas, y empleo de la contratación pública al servicio de la política industrial, social o del medio ambiente	26-31
C.	Otros métodos de contratación pública	32-48
D.	Participación de la comunidad interesada en la contratación	49-50
E.	Simplificación y racionalización de la Ley Modelo	51-70
F.	Legalización de documentos	71-72

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor en curso del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre 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) se exponen en los párrafos 8 a 88 del documento A/CN.9/WG.I/WP.65, que obra en poder del Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones. El principal cometido del Grupo de Trabajo consiste en actualizar y revisar la Ley Modelo, de forma que se tengan en cuenta las novedades ocurridas en la esfera de la contratación pública.

2. En su 14º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en dar prioridad absoluta a la finalización de su labor sobre el texto de la Ley Modelo. Así pues, se convino en que le fuera presentada una versión completa del texto revisado de la Ley Modelo a fin de que pudiera examinarla en su siguiente período de sesiones. Se convino asimismo en que su objetivo sería presentar ese texto, con las revisiones que el Grupo de Trabajo introdujera durante las deliberaciones de su 15º período de

sesiones, a la Comisión para que lo examinara en su 42º período de sesiones, que se celebrará en 2009[1].

3. La presente nota se ha preparado en cumplimiento de esas decisiones del Grupo de Trabajo. Se presenta en primer lugar un panorama general de la labor del Grupo de Trabajo sobre la revisión de la Ley Modelo en virtud del mandato que la Comisión le encomendó, en la que se ponen de relieve cuestiones que ya se han abordado en la labor, así como las cuestiones pendientes. En las adiciones a la presente nota se expone un texto íntegro de la Ley Modelo revisada, en el que se incorporan las enmiendas examinadas en diferente medida por el Grupo de Trabajo hasta la fecha de preparación de la presente nota, así como las sugerencias de redacción de la Secretaría destinadas a simplificar y racionalizar la Ley Modelo en cumplimiento del mandato que la Comisión encomendó al Grupo de Trabajo (véanse más detalles en el capítulo II de la presente nota). En la última adición a la presente nota figura un cuadro en el que se indica la correlación de los artículos de la Ley Modelo revisada presentada en las adiciones a la presente nota con los artículos de la Ley Modelo de 1994 y los nuevos artículos que el Grupo de Trabajo ha examinado hasta la fecha.

4. Como se señaló en el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo, la segunda prioridad del Grupo de Trabajo sería la redacción de las revisiones de la Guía para la incorporación al derecho interno en beneficio de los legisladores y que, en la medida de lo posible, la Secretaría prepararía un borrador de la Guía revisada a la Comisión en su período de sesiones en el que se examine la Ley Modelo revisada[2].

II. Panorama general de la labor del Grupo de Trabajo sobre la revisión de la Ley Modelo

Mandato inicial

5. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión encomendó a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) que actualizara la Ley Modelo, a fin de hacer constar en ella las nuevas prácticas, en particular las surgidas a raíz de la utilización de las comunicaciones electrónicas en operaciones de contratación pública, así como de la experiencia adquirida con la utilización de la Ley Modelo como instrumento básico para la reforma legislativa, sin apartarse de los principios básicos de la propia Ley. El Grupo de Trabajo recibió un mandato flexible, consistente en determinar, en sus consideraciones, las cuestiones que deberían abordarse (A/59/17, párrs. 80 a 82).

Lista de temas

6. El Grupo de Trabajo comenzó su labor en su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto al 3 de septiembre de 2004), en el que decidió empezar a examinar a fondo los siguientes temas, uno detrás de otro: a) publicación por vía electrónica de la información relativa a la contratación pública; b) utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública; c) medidas de control de la utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de

[1] A/CN.9/664, párr. 113.
[2] *Ibid.*, párr. 115.

contratación pública; d) subasta electrónica inversa (SEI), o de puja o precio descendente; e) recurso a las listas de proveedores; f) acuerdos marco; g) contratación pública de servicios; h) evaluación y comparación de las ofertas, y empleo de la contratación pública al servicio de la política industrial, social o del medio ambiente; i) vías de recurso y medidas ejecutorias; j) otros métodos de contratación pública; k) participación de la comunidad interesada en el proceso de contratación; l) simplificación y racionalización de la Ley Modelo; y m) legalización de documentos (A/CN.9/568, párr. 10).

7. El Grupo de Trabajo prosiguió su labor en ocho períodos de sesiones posteriores[3] en los que añadió los temas de las ofertas anormalmente bajas (OAB) y los conflictos de intereses a la lista de temas que habían de considerarse en su labor (A/CN.9/575, párr. 76, en lo referente a las OAB; y A/CN.9/615, párrs. 11 y 82 a 85, en lo relativo a los conflictos de intereses).

Temas examinados

8. El Grupo de Trabajo examinó y aprobó con carácter preliminar las propuestas de redacción para la Ley Modelo sobre los temas a) publicación por vía electrónica de la información relativa a la contratación pública, b) utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública, c) medidas de control de la utilización de las comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación pública, d) subasta electrónica inversa (SEI), y OAB. En un texto revisado de la Ley Modelo que figura en las adiciones a la presente nota se reproducen en sus partes pertinentes los proyectos de disposición sobre estos temas aprobados con carácter preliminar. Las cuestiones pendientes que ha de examinar aún el Grupo de Trabajo en relación con esas disposiciones se ponen de relieve en las notas que se acompañan.

9. Por lo que se refiere al tema e) recurso a las listas de proveedores, el Grupo de Trabajo, en su 13º período de sesiones, decidió que el tema no se abordara en la Ley Modelo, porque las disposiciones flexibles que abordaban los acuerdos marco eran suficientes para prever los usos a que se pudieran destinar las lisas de proveedores, así como por los riesgos reconocidos que planteaban las listas de proveedores. Estas razones se expondrían en la Guía para la incorporación al derecho interno (A/CN.9/648, párr. 14).

10. Las propuestas de redacción sobre el tema f) acuerdos marco fueron examinadas por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 12º a 14º. En su 14º período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que separara las disposiciones relativas a los acuerdos marco cerrados de las que abordaban los acuerdos marco abiertos. Los proyectos de disposición preparados por la Secretaría en cumplimiento de esa petición se han incluido en el texto revisado de la Ley Modelo expuesto en las adiciones a la presente nota. Las disposiciones son nuevas y han sustituido a las propuestas de redacción sobre este tema presentadas con anterioridad.

[3] Véanse los informes de los períodos de sesiones séptimo a 14º del Grupo de Trabajo en A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640, A/CN.9/648 y A/CN.9/664.

11. El Grupo de Trabajo examinó el tema i) vías de recurso y medidas ejecutorias en su 14º período de sesiones. Decidió suprimir la lista de excepciones del proceso de reconsideración que figura en el párrafo 2) del artículo 52 de la Ley Modelo, revisar las disposiciones y procedimientos contenidos en los artículos 53 a 56 de la Ley Modelo e introducir una moratoria en el artículo 36 (A/CN.9/664, párrs. 14 y 15). Los proyectos de disposición preparados por la Secretaría en cumplimento de esas decisiones han sido incluidos en el texto revisado de la Ley Modelo que se expone en las adiciones a la presente nota. Se presentan las disposiciones para que el Grupo de Trabajo las examine por primera vez.

12. El Grupo de Trabajo analizó las cuestiones relacionadas con los conflictos de intereses en su 14º período de sesiones, y convino en estudiar la posibilidad de ampliar el alcance de los artículos 4, 15 y 54 de la Ley Modelo para abordar los requisitos pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (A/CN.9/664, párr. 17). Los proyectos de disposición preparados por la Secretaría para recoger las decisiones del Grupo de Trabajo sobre el tema adoptadas en ese período de sesiones se ha incluido en el texto revisado de la Ley Modelo que se expone en las adiciones a la presente nota. Las disposiciones se presentan para que el Grupo de Trabajo las examine por primera vez.

Temas pendientes

13. El Grupo de Trabajo no ha examinado a fondo los siguientes temas: g) contratación pública de servicios; h) evaluación y comparación de las ofertas, y empleo de la contratación pública al servicio de la política industrial, social o del medio ambiente; j) otros métodos de contratación pública; k) participación de la comunidad interesada en el proceso de contratación; l) simplificación y racionalización de la Ley Modelo; y m) legalización de documentos.

14. En las secciones siguientes, la Secretaría proporciona información sobre las conclusiones preliminares acerca de estos temas a las que se llegó en el sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo y, sobre la base de consultas con expertos, sugiere una manera de proceder respecto de cada tema pendiente. Cuando procede, la Secretaría ha recogido esas sugerencias en la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota.

15. Se invita al Grupo de Trabajo a que considere las sugerencias relativas a cada uno de los temas pendientes y determine cuáles deben aplicarse y en qué momento, teniendo en cuenta factores de recursos y tiempo y su decisión de presentar el texto, revisado más a fondo para recoger las deliberaciones de su 15º período de sesiones, a la Comisión para su examen en su 42º período de sesiones, que se celebrará en 2009. A este respecto, se señala a la atención del Grupo de Trabajo la práctica de la CNUDMI de distribuir un proyecto de instrumento para que los Estados y las organizaciones internacionales interesadas formulen observaciones antes de que la Comisión examine el proyecto. La Secretaría recopila las observaciones recibidas y las transmite a la Comisión para su examen junto con el proyecto. Si se sigue esa práctica, la Secretaría no tendría tiempo de hacer revisiones importantes del proyecto de texto de la Ley Modelo adjunto a la presente nota después del 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo, y las observaciones solo se examinarían en el período de sesiones de la Comisión.

A. Contratación pública de servicios

16. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino con carácter preliminar en que el texto de la Ley Modelo preveía una gama suficiente de métodos para la contratación de servicios, por lo que no requería enmienda alguna a dicho respecto. Ahora bien, el Grupo de Trabajo convino asimismo en la necesidad de que se formularan directrices en la Guía sobre la conveniencia de recurrir a uno u otro método según cuál fuera la índole de los servicios contratados o las circunstancias del caso considerado (A/CN.9/568, párr. 93).

17. Al mismo tiempo, en cuanto al tema j) otros métodos de contratación pública, el Grupo de Trabajo convino en examinar de nuevo las condiciones para el empleo de algunos métodos de contratación pública y la utilidad de mantenerlos en su totalidad (véase el párr. 32 *infra*). Además, en lo referente al tema l) simplificación y racionalización de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo convino en examinar formas de simplificar y racionalizar la Ley Modelo, en particular mediante la supresión de repeticiones, incongruencias o disposiciones innecesariamente detalladas, obteniéndose así una Ley Modelo más práctica y accesible al lector en la que todos los elementos esenciales se mantendrían y serían presentados en una estructura mejorada y simplificada (véanse los párrafos 51 y 52 *infra*).

18. La Secretaría examinó las disposiciones de la Ley Modelo teniendo en cuenta esas decisiones del Grupo de Trabajo. Constató que se podía racionalizar cierto número de disposiciones de la Ley Modelo, incluidas las referentes a otros métodos de contratación pública y a la contratación pública de servicios, para conseguir un enfoque más coherente y accesible al lector de la selección de un método de contratación pública distinto de la licitación en el marco de la Ley Modelo. Las sugerencias relativas a otros métodos de contratación pública y otros aspectos de simplificación y racionalización se presentan en las secciones C y E, respectivamente. La presente sección trata de las disposiciones relativas a la contratación pública de servicios en el marco del capítulo IV de la Ley Modelo.

19. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de que exista cierto grado de superposición entre dos de los procedimientos de selección en el método principal de contratación de servicios que se describe en los artículos 42 y 43 del capítulo IV y el procedimiento de solicitud de propuestas que se expone en el artículo 48 del capítulo V. El procedimiento de selección de servicios sin negociación (artículo 42) es idéntico al procedimiento de solicitud de propuestas si este se lleva a cabo sin negociaciones (lo que puede ocurrir ya que, en virtud del párrafo 7) del artículo 48, el procedimiento de solicitud de propuestas contiene una opción, y no una obligación, de celebrar negociaciones). El procedimiento de selección de servicios con negociaciones simultáneas (artículo 43) es idéntico al procedimiento de solicitud de propuestas si este último incluye una o varias etapas de negociación. Estos tres procedimientos de selección (es decir, los dos métodos de selección de servicios en virtud de los artículo 42 y 43 y el procedimiento de solicitud de propuestas en virtud del artículo 48) pueden emplearse para la contratación de servicios. Además, en cada uno de ellos:

a) Se puede celebrar una convocatoria abierta o directa;

b) Se presentan propuestas respecto de un solo conjunto de especificaciones dadas a conocer al comienzo del proceso de contratación pública y que no se modifican posteriormente;

c) Los criterios de evaluación podrán referirse a la competencia administrativa y técnica relativa del proveedor o del contratista; y

d) El precio se considera por separado y únicamente cuando haya finalizado la evaluación técnica.

20. Teniendo en cuenta el considerable grado de superposición que existe en estos tres procedimientos de selección, tal vez no esté justificado presentarlos en la Ley Modelo como procedimientos de selección distintos.

21. El único procedimiento de selección en el capítulo IV (contratación pública de servicios) que es distinto de los demás procedimientos de selección de la Ley Modelo es el que se expone en el artículo 44 (procedimiento de selección con negociaciones consecutivas). A este respecto, la Secretaría señala a la atención del Grupo de Trabajo un procedimiento de selección parecido que se incluye en los instrumentos de la CNUDMI negociados más recientemente sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (los "instrumentos sobre PIFP")[4]. Teniendo en cuenta que la Ley Modelo y estos instrumentos más recientes se ocupan en parte de la misma cuestión, o sea, la selección de un proveedor o un contratista para contratos del sector público, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la medida en que estos instrumentos deberían ser coherentes en este ámbito y, de ser así, cómo lograr la coherencia deseada[5].

22. Actualmente, el procedimiento de selección competitiva de los instrumentos sobre PIFP se basa principalmente en las características del método principal de la Ley Modelo para la contratación pública de servicios, en particular el procedimiento de selección con negociaciones consecutivas. El procedimiento de selección competitiva conforme a los instrumentos sobre PIFP difiere de las disposiciones correspondientes de la Ley Modelo en varios aspectos importantes:

a) La precalificación (los instrumentos sobre PIFP se refieren a la preselección) es imperativa (véase el párrafo 1) de la disposición modelo 6). Conforme al párrafo 1) del artículo 7 de la Ley Modelo, la precalificación es facultativa;

b) Con arreglo a los instrumentos sobre PIFP, después de la precalificación/preselección, la autoridad contratante podrá invitar a que sigan participando en el proceso de selección a todos los ofertantes preseleccionados o

---

[4] Véase la disposición modelo 17 de las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada de la CNUDMI (2003) (las "Disposiciones Legales Modelo sobre PIFP"), y las recomendaciones 26 y 27 y el capítulo III, párrafos 83 y 84, de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (2000) (la "Guía Legislativa sobre PIFP").

[5] Los instrumentos sobre PIFP, por lo que se refiere a la selección del concesionario, se amparan en un grado importante en el marco legislativo general para la adjudicación de contratos del sector público. Contienen por lo tanto amplias referencias cruzadas a las disposiciones de la Ley Modelo, y algunas de sus disposiciones se basan en gran medida en las de la Ley Modelo (véase la nota 7 de las Disposiciones Legales Modelo sobre PIFP, y el capítulo III de la Guía Legislativa sobre PIFP).

solamente a un número limitado de ofertantes que cumplan mejor los criterios de preselección (la autoridad contratante tiene que dar a conocer desde el principio en los documentos de preselección qué manera de proceder adoptará) (véase la disposición modelo 9). Con arreglo al párrafo 6) del artículo 7 de la Ley Modelo, todos los proveedores o contratistas que hayan sido preseleccionados podrán seguir participando en el proceso de contratación pública;

c) Conforme a los instrumentos sobre PIFP, existen dos tipos de procedimiento para solicitar propuestas: en una y en dos etapas (véase la disposición modelo 10). En un procedimiento en una etapa, según los instrumentos sobre PIFP, las propuestas se presentan en relación con un solo pliego de condiciones dado a conocer al principio del proceso de contratación pública y que no se modifica con posterioridad. Se trata de un procedimiento común de todos los métodos de contratación pública en virtud de la Ley Modelo, salvo algunas excepciones. En cambio, un procedimiento en dos etapas conforme a los instrumentos sobre PIFP no tiene equivalente en la Ley Modelo. Se parece a la licitación en dos etapas expuesta en el artículo 46 de la Ley Modelo y, al igual que ese tipo de licitación, se utiliza cuando no resulta viable describir en la solicitud de propuestas las características del proyecto de una forma lo suficientemente detallada y precisa que permita formular propuestas definitivas. Sin embargo, a diferencia de las disposiciones de la Ley Modelo sobre licitación en dos etapas, las disposiciones de los instrumentos sobre PIFP relativas a los procedimientos en dos etapas para solicitar propuestas i) no exigen la exclusión del precio en las propuestas iniciales y ii) permiten que se celebren negociaciones con posterioridad a la presentación de las propuestas respecto del pliego de condiciones único definitivo;

d) Con arreglo a los instrumentos sobre PIFP, las negociaciones finales podrán referirse a todas las cláusulas contractuales, salvo aquellas, de haberlas, que hayan sido declaradas no negociables en la solicitud definitiva de propuestas (véase la disposición modelo 17). En las disposiciones similares de la Ley Modelo (procedimiento de selección con negociaciones consecutivas de su artículo 44), las negociaciones se refieren únicamente al precio;

e) Por último, en virtud de los instrumentos sobre PIFP, los criterios para la evaluación y comparación de propuestas no incluyen criterios de calificación (véanse las disposiciones modelo 7 y 14), mientras que en la Ley Modelo incluyen criterios como la idoneidad, experiencia, reputación, fiabilidad y competencia profesional y empresarial del proveedor o contratista y del personal que habrá de participar en la prestación de los servicios (apartado a) del párrafo 1) del artículo 39 en el que se repiten casi todas las disposiciones del inciso i) del apartado b) del párrafo 1) del artículo 6).

23. La mayoría de las restantes disposiciones del capítulo IV (artículos 37 a 40) repiten las disposiciones idénticas del capítulo III (licitación) aunque existen algunas faltas de concordancia entre ellas. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que la supresión de esas faltas de concordancia en la presente revisión de la Ley Modelo sería oportuna y contribuiría bastante a la simplificación y racionalización de la Ley Modelo.

24. Habida cuenta de las consideraciones antes citadas, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar:

a) Otra forma de presentar toda la gama de métodos para la contratación pública de servicios previstos actualmente en la Ley Modelo; y

b) Que se lleve a cabo la labor suplementaria necesaria para poner en conformidad los instrumentos de la CNUDMI en las dos áreas de su labor, a saber: contratación pública y PIFP.

25. Las sugerencias de la Secretaría en lo que se refiere a otra forma de presentar toda la gama de métodos para la contratación pública de servicios que actualmente se prevén en la Ley Modelo afectaría a toda la estructura de la Ley Modelo. Por lo tanto, ha de considerarse que son sugerencias para la simplificación y racionalización de la Ley Modelo y se examinan en la respectiva sección E *infra*.

B. Evaluación y comparación de las ofertas, y empleo de la contratación pública al servicio de la política industrial, social o del medio ambiente

Evaluación y comparación de las ofertas

26. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de formular un único conjunto de requisitos en lo que se refiere a los criterios de evaluación basándose en las disposiciones del apartado e) del artículo 27, el párrafo 4) del artículo 34, el apartado m) del artículo 38 y el artículo 39 y las disposiciones sobre los criterios de evaluación en los otros métodos: que sean pertinentes al objeto del contrato adjudicable y, en la medida de lo posible, sean objetivos y cuantificables, y que se den a conocer al comienzo del proceso de contratación junto con los márgenes de preferencia, pesos relativos y umbrales, y la manera en que los criterios, márgenes, pesos relativos y umbrales se aplicarán, de forma que las ofertas puedan evaluarse objetivamente y compararse sobre una base común. Si bien estos requisitos revisten importancia para todos los métodos de contratación, actualmente se encuentran esparcidos en varias disposiciones de la Ley Modelo y no son coherentes ni completos (por ejemplo, no obligan a la entidad adjudicadora a divulgar la forma en que se aplicarán los criterios, márgenes, pesos relativos y umbrales).

27. Si el Grupo de Trabajo decide que se incluya en la Ley Modelo un único conjunto de requisitos de esa índole aplicables a todos los métodos de contratación, tal vez desee decidir incluirlo en el capítulo I de la Ley Modelo que en la actualidad enuncia disposiciones generales aplicables a todos los métodos de contratación. Las sugerencias de redacción de la Secretaría se presentan en el texto revisado de la Ley Modelo que figura en las adiciones a la presente nota.

El empleo de la contratación pública al servicio de la política industrial, social o del medio ambiente

28. En su sexto período de sesiones el Grupo de Trabajo no adoptó ninguna decisión definitiva sobre la necesidad o la conveniencia de introducir, en el texto de la Ley Modelo, algún mecanismo suplementario de control al servicio de la transparencia y la objetividad que debían observarse en el empleo de la contratación pública para promover otras metas de política interior. Se convino en que el Grupo de Trabajo tal vez deseara formular alguna orientación suplementaria sobre la

manera de reforzar la transparencia y objetividad cuando otras metas de política interior afectaran a los criterios de evaluación (A/CN.9/568, párr. 101).

29. En ese período de sesiones, se señalaron a la atención del Grupo de Trabajo dos apartados parcialmente coincidentes del párrafo 4) del artículo 34 de la Ley Modelo, a saber: el inciso iii) del apartado c), que se ocupa de los factores no objetivos que pueden tenerse en cuenta al determinar la oferta más económica evaluada; y el apartado d), que versa sobre la concesión de un margen de preferencia a las necesidades nacionales (unas disposiciones similares figuran en el apartado d) del párrafo 1) y en el párrafo 2) del artículo 39). Ambas tenían por objetivo fomentar la economía nacional y, por lo tanto, se invitaba al Grupo de Trabajo a que estudiara la posibilidad de refundirlas. En esa ocasión, el Grupo de Trabajo no adoptó decisión alguna sobre la cuestión.

30. Por último, en su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró anticuadas las disposiciones del inciso iii) del apartado c) del párrafo 4) del artículo 34, que se referían a la situación de la balanza de pagos y las reservas de divisas y a los acuerdos de comercio compensatorio como factores que habían de tenerse en cuenta al determinar la oferta más económica evaluada, y en consecuencia no excluyó la posibilidad de replantearse, a su debido tiempo, la conveniencia de mantener dichas disposiciones (unas disposiciones similares figuran en el apartado d) del párrafo 1) del artículo 39). A este respecto, se señalan a la atención del Grupo de Trabajo las disposiciones del párrafo 2) del artículo 22, en virtud de las cuales la promoción de las políticas enunciadas en el inciso iii) del apartado c) del párrafo 4) del artículo 34 y el apartado d) del párrafo 1) del artículo 39 puede justificar que se recurra a la contratación con un solo proveedor o contratista (véase otro análisis en los párrafos 45 a 47 *infra*).

31. El Grupo de Trabajo tal vez desee formular su posición en relación con todas estas cuestiones aplazadas desde su sexto período de sesiones cuando examine las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo revisada que figuran en las adiciones a la presente nota.

C. Otros métodos de contratación pública

32. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en examinar si procedía circunscribir las condiciones en que cabría recurrir a otros métodos de contratación, a fin de impedir que se abusara de ellos. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que podría examinar más detenidamente la posibilidad de eliminar algunos de esos métodos, o de presentarlos en términos que realzaran su carácter más excepcional que optativo, en el marco de la Ley Modelo (A/CN.9/568, párr. 116).

33. En su décimo período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión conexa de si cabría reconsiderar la preferencia actual por la licitación expresada en el artículo 18 de la Ley Modelo, a fin de tener en cuenta la índole evolutiva de las técnicas de contratación (A/CN.9/615, párr. 38).

34. La Secretaría pasó revista a los aspectos de procedimiento de todos los demás métodos enumerados en el capítulo V. Cada uno de esos métodos está concebido expresamente para cumplir determinados requisitos en materia de contratación

pública. Si su empleo está debidamente justificado, los demás métodos son instrumentos útiles para las entidades adjudicadoras. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee mantener todos ellos.

35. Sin embargo, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse el examen de las condiciones para el empleo de otros métodos de contratación pública en el capítulo II de la Ley Modelo. En la actualidad, algunos métodos de contratación pueden utilizarse en las mismas condiciones, y la Ley Modelo no establece un orden jerárquico, por ejemplo, obligando a la entidad adjudicadora a que recurra en esas situaciones al método más competitivo disponible en las circunstancias del caso. Los consultores y comentaristas especializados también han indicado a la Secretaría que algunas de las condiciones de utilización vigentes tal vez no tengan justificación. A continuación se analiza cada caso por separado, y se formulan recomendaciones al Grupo de Trabajo sobre la posible manera de proceder.

Licitación en dos etapas, solicitud de propuestas y negociación competitiva

36. La licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas y la negociación competitiva podrán hacerse en igualdad de condiciones (véase el párrafo 1) del artículo 19). La Guía para la incorporación al derecho interno reconoce que existe una superposición en las condiciones de empleo de estos tres métodos de contratación y otorga al Estado promulgante la opción de no incorporar en su legislación de contratación cada uno de los tres métodos. No obstante, como ya se ha mencionado, desde un punto de vista de procedimiento los tres métodos son diferentes y es útil que un Estado promulgante prevea todos ellos para dar cabida a distintas necesidades de contratación.

37. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de revisar la orientación sobre esta cuestión. Si decide recomendar que el Estado promulgante mantenga estos tres otros métodos de contratación, tal vez desee igualmente formular un principio general en la Ley Modelo en el sentido de que se utilice el método más competitivo adecuado en las circunstancias del caso cuando exista una superposición de las condiciones de empleo de distintos métodos de contratación. Las sugerencias de redacción de la Secretaría se presentan en el texto revisado de la Ley Modelo que figura en las adiciones a la presente nota.

Licitación restringida (apartado a) del artículo 20) y convocatoria directa (apartado a) del párrafo 3) del artículo 37)

38. Las disposiciones prevén que la licitación restringida o la convocatoria directa en el caso de los servicios podrán utilizarse cuando 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. Los expertos a los que ha consultado la Secretaría ponen en duda que esta condición fomente los objetivos de la Ley Modelo, puesto que se basa en la apreciación subjetiva de la entidad adjudicadora, que puede tratarse de un simple error o tal vez refleje el deseo de favorecer a algunos proveedores o contratistas frente a otros. En consecuencia, se sugiere que sería compatible con las metas y objetivos de la Ley Modelo obligar a la entidad adjudicadora en las condiciones que se prevén en el apartado a) del artículo 20 y el apartado a) del párrafo 3) del artículo 37 a que celebre una licitación abierta con precalificación (esta última se recomienda en todo caso en la actual Guía

para la incorporación al derecho interno cuando se trate de bienes, obras o servicios de gran complejidad o carácter especializado).

39. Además, si se considera el apartado a) del artículo 20 junto con las disposiciones del artículo 47 que establece un procedimiento de licitación restringida, no queda claro cómo funciona en la práctica la aplicación del apartado a) del artículo 20. El apartado a) del párrafo 1) del artículo 47 exige que se soliciten ofertas a todos los proveedores y contratistas de los que se puedan obtener los bienes, las obras o los servicios que han de contratarse (en el apartado a) del párrafo 3) del artículo 37 figuran unas disposiciones equivalentes referentes a la convocatoria directa en el caso de los servicios). El párrafo 2) del artículo 47 exige que se publique un aviso del proceso de licitación restringida (ni en el artículo 37 ni en las demás disposiciones del capítulo IV relacionadas con los servicios figuran unas disposiciones equivalentes). El párrafo 3) del artículo 47 excluye expresamente la aplicación del artículo 24 a la convocatoria abierta de licitaciones o a las solicitudes de precalificación para la licitación restringida. En realidad, no obstante, cuando los proveedores o contratistas expresan su interés en participar en el procedimiento en respuesta al aviso publicado del procedimiento de licitación restringida, la entidad adjudicadora tendría que permitir que dichos proveedores o contratistas participaran en virtud del apartado a) del párrafo 1) del artículo 47. Así pues, el aviso del procedimiento de licitación restringida surtirá en la práctica el efecto, si bien no deseado, de un aviso de solicitud de ofertas, y, en consecuencia, se difumina la diferencia entre la licitación abierta y la restringida. (Cabe señalar que, en el caso de la solicitud de propuestas mediante aviso público, el párrafo 2) del artículo 48 dispone expresamente que el anuncio no conferirá derecho alguno a los proveedores o contratistas, ni siquiera el derecho a que su propuesta sea evaluada.)

40. El Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar estas disposiciones de la Ley Modelo. La orientación que figura actualmente en la Guía para la incorporación al derecho interno es escasa y tendría que enmendarse para que recogiera con claridad la posición de la Ley Modelo. Las sugerencias de redacción de la Secretaría se presentan en el texto revisado de la Ley Modelo que figura en las adiciones a la presente nota.

Contratación con un solo proveedor o contratista

41. Algunas de las condiciones para el empleo de la licitación en dos etapas, la solicitud de propuesta y la negociación competitiva, por ejemplo, cuando se desee firmar un contrato para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo (apartado b) del párrafo 1) del artículo 19) y la contratación que revista interés para la defensa o la seguridad nacionales (apartado c) del párrafo 1) del artículo 19), también pueden justificar que se recurra a la contratación con un solo proveedor o contratista (véanse los apartados e) y f) del párrafo 1) del artículo 22). A fin de prevenir el empleo abusivo de la contratación con un solo proveedor o contratista, el Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar en la Ley Modelo que el recurso a dicho método de contratación en estas condiciones superpuestas debe tener un carácter excepcional, y utilizarse únicamente en aquellas situaciones en que el empleo de otro método de contratación no sea procedente. Esto concordaría con el principio general que se propone en los párrafos 35 y 37 *supra*. Las sugerencias de redacción de la Secretaría a tal efecto se presentan en el texto revisado de la Ley Modelo que figura en las adiciones a la presente nota.

42. Además, con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 19, podrá recurrirse a la negociación competitiva cuando:

> "a) La necesidad de los bienes, las obras o los servicios sea tan urgente que resulte inviable entablar un proceso de licitación, siempre que las circunstancias que hayan dado lugar a la urgencia no sean previsibles para la entidad adjudicadora ni obedezcan a una conducta dilatoria de su parte; o,
>
> b) Debido a una situación de catástrofe, la necesidad de los bienes, las obras o los servicios sea tan urgente que resulte inviable recurrir a otro método de contratación a causa del tiempo que ello requeriría."

43. En los apartados b) y c) del párrafo 1) del artículo 22 figuran unas condiciones parecidas. Además de otorgar prioridad en estas condiciones al recurso a la negociación competitiva como método más competitivo, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si puede justificarse presentar las condiciones como distintas y separadas, puesto que ambas se refieren a una necesidad urgente imprevisible de los bienes, las obras o los servicios, bien a causa de una situación de catástrofe o por otras razones. Las sugerencias de redacción de la Secretaría se presentan en el texto revisado de la ley Modelo que figura en las adiciones a la presente nota.

44. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar asimismo el apartado a) del párrafo 1) del artículo 22, que justifica el recurso a la contratación con un solo proveedor o contratista si los bienes, las obras o los servicios solo puedan obtenerse de un determinado proveedor o contratista. El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta que las preocupaciones puestas de manifiesto en el párrafo 38 *supra* respecto de las condiciones para el empleo de la licitación restringida en el apartado a) del artículo 20 (los bienes, las obras o los servicios solo puedan obtenerse de un número limitado de proveedores o contratistas) se hacen extensivas igualmente a la condición similar que figura en el apartado a) del párrafo 1) del artículo 22. Las sugerencias de redacción de la Secretaría se presentan en el texto revisado de la ley Modelo que figura en las adiciones a la presente nota.

45. Por último, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar nuevamente la condición para el empleo de la contratación con un solo proveedor o contratista que figura en el párrafo 2) del artículo 22, que reza así:

> "2) La entidad adjudicadora, con la aprobación de ... (cada Estado designará el órgano competente), y previo anuncio público, dando oportunidad suficiente para formular observaciones, podrá contratar con un solo proveedor o contratista cuando la contratación con un determinado proveedor o contratista sea necesaria a efectos de la aplicación de los criterios enumerados en el apartado iii) del inciso c) del párrafo 4) del artículo 34 o del inciso d) del párrafo 1) del artículo 39, a condición de que no sea posible lograr el mismo efecto adjudicando el contrato a otro proveedor o contratista."

46. La Guía para la incorporación al derecho interno explica que esta disposición se refiere a casos de grave urgencia económica en los que la contratación con un solo proveedor o contratista evitaría un daño grave (por ejemplo, el caso de una empresa que dé empleo a una gran parte de la mano de obra de cierta ciudad o región, que estuviera amenazada de cierre de no conseguir un contrato público). Aunque los ejemplos que figuran en la Guía son muy específicos y de ámbito restringido, las propias disposiciones de la Ley Modelo están redactadas de forma

muy amplia. Si nos remitimos a las disposiciones del inciso iii) del apartado c) del párrafo 4) del artículo 34 o al apartado d) del párrafo 1) del artículo 39, pueden abarcar cualquier situación en la que entren en juego en la contratación factores como la posición de la balanza de pagos y las reservas de divisas del Estado promulgante, los acuerdos de comercio compensatorio ofrecidos por los proveedores o contratistas, la proporción de contenido local, desde el punto de vista de la fabricación y de la mano de obra y los materiales, que los proveedores o contratistas ofrezcan respecto de los bienes, las obras o los servicios, las perspectivas de desarrollo económico, de inversiones internas o de otras actividades comerciales que ofrezcan las ofertas, el fomento del empleo, la reserva de determinada parte de la producción a los proveedores internos, la transferencia de tecnología y el desarrollo de conocimientos especializados de gestión, científicos u operacionales. La lista no es exhaustiva, ya que el Estado promulgante podrá ampliar el inciso iii) del apartado c) del párrafo 4) del artículo 34 con otros criterios.

47. Así pues, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar de nuevo la redacción del párrafo 2) del artículo 22 y sustituir las amplias referencias al inciso iii) del apartado c) del párrafo 4) del artículo 34 y al apartado d) del párrafo 1) del artículo 39 por la referencia específica de la Guía para la incorporación al derecho interno a casos de grave urgencia económica en los que la contratación con un solo proveedor o contratista evitaría un perjuicio grave (y mantener en la Guía el ejemplo presentado para reflejar las situaciones prácticas que abarca esta disposición de la Ley Modelo). Las sugerencias de redacción de la Secretaría se presentan en el texto revisado de la ley Modelo que figura en las adiciones a la presente nota.

48. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee igualmente estudiar la posibilidad de proporcionar más orientación en la Guía en relación con otros aspectos de las disposiciones. Por ejemplo, las disposiciones hacen referencia a un anuncio público y a una "oportunidad suficiente para formular observaciones", sin aclarar a quién ha de darse la oportunidad de formular esas observaciones y la finalidad o el efecto de estas, si se reciben. Las disposiciones son poco habituales para la Ley Modelo y cabe presumir que estén vinculadas a la función de las comunidades locales en la contratación pública. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo expresó la intención de poner de relieve la función de las comunidades locales en la contratación pública cuando fuera procedente, en particular en las etapas de planificación de la contratación y la ejecución del contrato (véase la sección D inmediatamente siguiente). Si el Grupo de Trabajo decide proporcionar orientación en cuanto a estas disposiciones, la labor de formular esa orientación en la Guía revisada para la incorporación al derecho interno se aplazará a una fase posterior, por las razones que se exponen en el párrafo 4 *supra*.

D. Participación de la comunidad interesada en la contratación

49. En el sexto período de sesiones del Grupo de Trabajo, se estimó que la mayoría de las cuestiones que planteaba la participación de la comunidad interesada en la contratación guardaban relación principalmente con las etapas de planificación y ejecución del proyecto. En vista de su creciente importancia y la posible necesidad de legislación que la hiciese posible, el Grupo de Trabajo convino en examinar las disposiciones de la Ley Modelo con miras a asegurar que no obstaculizaran la participación de la comunidad afectada como requisito en la adjudicación de un

proyecto. También se acordó que en la Guía se podría dar más orientación al respecto (A/CN.9/568, párr. 122).

50. Al examinar las disposiciones de la Ley Modelo en este contexto, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si las disposiciones relativas a los criterios de evaluación podrían o no plantear obstáculos al requisito de una participación comunitaria en la contratación de un proyecto. Si no, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que se incluyan disposiciones relativas al tema en la Guía únicamente en el contexto del examen de las etapas de planificación y ejecución del contrato y en la medida en que guarden relación con algunas disposiciones específicas de la Ley Modelo (por ejemplo, el párrafo 2) del artículo 22, véase el párrafo 48 *supra*). Si el Grupo de Trabajo decide optar por este criterio, la labor sobre la inclusión de la pertinente orientación en la Guía revisada para la incorporación al derecho interno se aplazará a una fase posterior por las razones que se exponen en el párrafo 4 *supra*.

E. Simplificación y racionalización de la Ley Modelo

1. Examen en el Grupo de Trabajo

51. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que existía cierto margen para mejorar la estructura de la Ley Modelo y para simplificar su contenido, reordenando alguna de sus disposiciones y eliminando de la Ley o trasladando a la Guía para su incorporación al derecho interno toda disposición que se juzgara excesivamente detallada. Se opinó que la meta debía ser la de que el texto de la Ley Modelo resultara más accesible al lector sin eliminar ninguno de sus elementos esenciales, pero mejorando y simplificando su presentación. Al reconocer que el proceso de introducción de nuevos temas en la Ley Modelo haría inevitable modificar de algún modo su estructura, el Grupo de Trabajo opinó que sería preferible reconsiderar las propuestas de simplificación de la Ley Modelo en una etapa ulterior de su labor (A/CN.9/568, párr. 126).

52. En los siguientes períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo abordó diversos aspectos de la simplificación y racionalización de la Ley Modelo, entre ellos su reestructuración[6], asegurar la coherencia en las distintas disposiciones que se ocupaban de las mismas cuestiones[7] y revisar algunos artículos de la Ley Modelo por otros motivos[8]. Algunas propuestas de simplificación y racionalización de la Ley Modelo implican cuestiones de fondo. El Grupo de Trabajo aplazó la adopción de decisiones sobre los aspectos de la simplificación y racionalización de la Ley Modelo hasta una etapa ulterior, una vez que se hubieran examinado las nuevas técnicas de contratación y otras revisiones de fondo de la Ley Modelo.

53. La Secretaría celebró amplias consultas con diversos expertos sobre distintos aspectos de la simplificación y racionalización de la Ley Modelo. En la sección *infra*, la Secretaría presenta sugerencias sobre cada uno de los aspectos de la simplificación y racionalización que se examinaron durante esas consultas.

---

[6] A/CN.9/615, párrs. 37 y 38.
[7] A/CN.9/623, párr. 102.
[8] A/CN.9/640, párr. 37, A/CN.9/648, párr. 94, y A/CN.9/664, párrs. 75 y 88.

2. Sugerencias recopiladas por la Secretaría

Ámbito de la Ley Modelo

54. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar de nuevo el ámbito de la Ley Modelo, sobre todo en lo tocante a las excepciones generales en materia de defensa y seguridad nacionales (párrafo 2) del artículo 1). En primer lugar, no toda la contratación en estos sectores es tan delicada como para justificar exenciones generales de las disposiciones de la Ley Modelo. Ahora bien, cuando se trate de cuestiones delicadas del interés, la seguridad o la defensa nacionales, la Ley Modelo puede prever un trato especial, como el recurso a métodos de contratación idóneos que garanticen la confidencialidad en el procedimiento de contratación. Sin embargo, no cabe interpretar que la importancia de salvaguardar la confidencialidad conduzca necesariamente a la contratación con un solo proveedor o contratista: la entidad adjudicadora debe no obstante tratar de que la competencia sea efectiva en esos casos, por ejemplo, recurriendo a la convocatoria directa de un número suficiente de proveedores y contratistas (véase a este respecto el apartado c) del párrafo 3) del artículo 37). Algunas disposiciones de la Ley Modelo ya han sido concebidas para dar cabida a aspectos delicados de la contratación que afecten a la defensa o la seguridad nacionales (véanse, por ejemplo, el apartado c) del párrafo 1) del artículo 19, el apartado f) del párrafo 1) del artículo 22, el inciso iv) del apartado c) del párrafo 4) de artículo 34, y el apartado e) del párrafo 1) del artículo 39). La inclusión de los sectores de defensa y seguridad nacionales en el ámbito general de la Ley Modelo redundaría en la promoción de un ordenamiento jurídico armonizado sobre contratación que abarcaría a diversos sectores en los Estados promulgantes.

55. Si el Grupo de Trabajo decide adoptar este criterio, ello supondría efectuar una serie de modificaciones consiguientes de diversas disposiciones de la Ley Modelo. Habría que aplazar esta labor a una fecha posterior por las razones expuestas en el párrafo 15 *supra*. A estas alturas, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar algunas variantes de redacción del artículo 1 en la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota.

Disposiciones generales: capítulo I

56. El Grupo de Trabajo aplazó a una etapa ulterior su examen de las medidas descritas en el proceso de licitación (capítulo III) que podrían considerarse cuestiones que habrían de abordarse desde la perspectiva de las reglas generales aplicables a todos los métodos de contratación (A/CN.9/623, párr. 102). Esta decisión se adoptó en la inteligencia de que toda disposición general adicional se ubicaría en el capítulo I de la Ley Modelo.

57. La Secretaría individualizó las siguientes cuestiones que podría examinar el Grupo de Trabajo a este respecto:

a) Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato (artículo 36 en lugar del actual artículo 13, cuyo ámbito es limitado y no aborda la aceptación de ofertas en métodos de contratación distintos de la licitación). Las sugerencias de redacción de la Secretaría se han recogido en la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota;

b) Un único conjunto de requisitos en relación con los criterios de evaluación (véanse los párrafos 26 y 27 *supra*). Las sugerencias de redacción de la Secretaría se recogen en la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota;

c) El recurso facultativo a las garantías de la oferta en todos los métodos de contratación. Las sugerencias de redacción de la Secretaría se recogen en la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota;

d) Procedimiento de precalificación: las disposiciones relativas a este aspecto que figuran en los artículos 24 y 25 deben refundirse con el artículo 7 para que todas las disposiciones relacionadas con el procedimiento de precalificación se encuentren en el mismo lugar. Las sugerencias de redacción de la Secretaría se recogen en la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota.

58. Además, y por lo que se refiere al artículo 7 (precalificación), el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de exponer de forma más clara los distintos objetivos del artículo 7 y del artículo 6. En la actualidad, existe una superposición entre los dos artículos. El apartado a) del párrafo 1) del artículo 6 se refiere a la apreciación de las condiciones exigibles a los proveedores o contratistas en cualquier etapa del proceso de contratación, en tanto que el párrafo 1) del artículo 7 se refiere a la apreciación de las condiciones exigibles a los proveedores y contratistas antes de la presentación de las ofertas. Ambos artículos se ocupan de procedimientos de contratación concretos. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las correspondientes modificaciones que se sugieren en la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota.

59. Además, como se menciona en la sección A *supra*, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de que el artículo 7 y las disposiciones sobre preselección en los instrumentos sobre los PIFP se pongan en conformidad (véase el párrafo 22 *supra*). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las modificaciones sugeridas en la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota.

60. Asimismo, en sus períodos de sesiones 13º y 14º, el Grupo de Trabajo consideró la posibilidad de examinar de nuevo, en un ulterior período de sesiones, la información que habría de publicarse en virtud del artículo 14 (anuncio público de las adjudicaciones de contratos). Se hizo especial referencia a la divulgación de los nombres del proveedor o proveedores o contratista o contratistas seleccionados para ser parte o partes en el contrato adjudicable o en el acuerdo marco (A/CN.9/648, párr. 94, y A/CN.9/664, párr. 88). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las modificaciones sugeridas en la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota.

61. El Grupo de trabajo también aplazó el examen del artículo 11 (expediente del proceso de contratación) en su conjunto hasta que ya se hubieran convenido todas las demás revisiones de la Ley Modelo (A/CN.9/640, párr. 37), así como el párrafo 1) del artículo 12 (A/CN.9/623, párr. 36). En esta etapa, no se sugiere modificación alguna de estos artículos, aparte de los cambios consiguientes a la luz de otras revisiones de la Ley Modelo, hasta que el Grupo de Trabajo proceda a su examen.

62. Asimismo, durante las deliberaciones del Grupo de Trabajo, se ha expresado a menudo la opinión de que algunas referencias largas y repetitivas habitualmente

utilizadas en la Ley Modelo, como las referencias a "ofertas, propuestas, cotizaciones o pujas" en los artículos 12, 12 *bis* y 15, deberían sustituirse por términos más genéricos que se podrían definir en el artículo 2 de la Ley Modelo (véanse también las referencias a "el pliego de condiciones y los demás documentos en los que se soliciten propuestas, ofertas o cotizaciones"). El Grupo de Trabajo aplazó su decisión relativa a las revisiones del artículo 2 (definiciones), incluso si estarían justificadas nuevas definiciones (véase A/CN.9/664, párr. 75). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las definiciones adicionales sugeridas para el artículo 2 en la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota.

63. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de complementar el artículo 2 con un glosario de terminología ampliado en la Guía. Si el Grupo de Trabajo conviene en que se incluya ese glosario en la Guía, esta labor tendría que aplazarse a una etapa ulterior por las razones expuestas en el párrafo 4 *supra*.

64. Por último, el Grupo de Trabajo aplazó adoptar decisiones sobre el cambio de lugar de algunas disposiciones del capítulo I, por ejemplo, situando las disposiciones que se ocupan de un grupo de cuestiones similares, como los artículos 12, 12 *bis* y 15, en lugares más próximos. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las modificaciones estructurales sugeridas en la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota.

Métodos de contratación: capítulos II a V

65. Por lo que se refiere a las modificaciones meramente estructurales de estos capítulos, el Grupo de Trabajo decidió examinar en un momento futuro:

a) Si las condiciones para el empleo y los procedimientos que han de aplicarse en métodos de contratación concretos deberían o no figurar en distintos capítulos de la Ley Modelo, como es el caso actual, o convendría agruparlas;

b) La ubicación de las nuevas disposiciones sobre las subastas electrónicas inversas (SEI) y los acuerdos marco y la consiguiente adición y designación de secciones y la nueva designación de los títulos de los capítulos existentes.

66. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las modificaciones estructurales sugeridas en la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota.

67. En cuanto a modificaciones más sustantivas, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar de nuevo una base sobre la que se regula actualmente en la Ley Modelo la elección de un método de contratación (artículo 18, consistente en que lo que se contraten sean bienes, obras o servicios). Este criterio no siempre tiene justificación (por ejemplo, el procedimiento de selección sin negociaciones respecto de los servicios (artículo 42) puede resultar igualmente idóneo para la contratación de bienes y obras de mayor complejidad). También da lugar a repeticiones e incoherencias en muchas disposiciones (como en los capítulos III y IV, véase el párr. 23 *supra*).

68. Otro enfoque que sería más compatible con las metas y objetivos de la Ley Modelo, y que también la simplificaría y racionalizaría considerablemente, consistiría en basar la elección de métodos de contratación en el factor de la complejidad para identificar y evaluar objetos de contratos adjudicables, con

independencia de que se trate de bienes, obras o servicios. Los bienes, las obras o los servicios cuyas especificaciones o características detalladas se puedan formular al comienzo del proceso de contratación y que puedan evaluarse mediante criterios cuantificables, pueden ser objeto de contratación mediante procedimientos sencillos en los que no entren en juego las negociaciones (por ejemplo, mediante la licitación abierta o restringida (sistema de un sobre), la solicitud de propuestas abierta o restringida sin negociación (sistema de dos sobres, equivalente al procedimiento de selección en el artículo 42 de la Ley Modelo) y solicitud de cotizaciones). La contratación de bienes, obras o servicios de mayor complejidad, cuyas especificaciones o características hayan de concretarse mediante negociaciones o que no se puedan evaluar mediante criterios cuantificables, sino antes bien con arreglo a criterios no cuantificables como la eficacia de una propuesta o la solución más satisfactoria para las necesidades de la entidad adjudicadora, pueden adjudicarse únicamente mediante métodos de contratación que impliquen negociaciones (licitación en dos etapas, solicitud de propuestas abierta o restringida con negociaciones simultáneas o consecutivas, lo que puede suponer una sola etapa o dos etapas para solicitar propuestas como en el caso de los instrumentos sobre PIFP, y negociación competitiva).

69. En la contratación ordinaria que no suponga negociaciones, el Grupo de Trabajo tal vez desee obligar a la entidad adjudicadora a que opte por el método más competitivo. De ese modo, deberá celebrarse una convocatoria abierta (internacional) por omisión, salvo que la licitación restringida o nacional esté justificada por los motivos especificados en la Ley Modelo, como actualmente prevén las reglas de derecho supletorio en los capítulos I y II. En los métodos de contratación que impliquen negociaciones, el Grupo de Trabajo puede considerar que debe concederse mayor discreción a la entidad adjudicadora para decidir qué método es el más apropiado para conseguir el resultado deseado. Únicamente las circunstancias excepcionales enunciadas en la Ley Modelo justificarían el recurso a la contratación con un solo proveedor o contratista.

70. En la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota se adopta este criterio, que representa una aplicación más detallada de los principios actualmente consagrados en la Ley Modelo. Se exponen disposiciones sobre métodos de contratación en los que no entran en juego las negociaciones. La continuación de la labor sobre métodos de contratación caracterizados por las negociaciones se aplazará a una fecha posterior por las razones que se explican en el párrafo 15 *supra*. En particular, habría que realizar una labor más amplia para armonizar las disposiciones de la Ley Modelo sobre métodos de contratación caracterizados por las negociaciones y las disposiciones de los instrumentos sobre PIFP en lo que se refiere a los procedimientos de selección.

F. Legalización de documentos

71. En su sexto período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que el artículo 10 de la Ley Modelo disponía que si la entidad adjudicadora exigía que se legalizara la documentación presentada, debería abstenerse de imponer requisito alguno que no estuviera ya previsto en el derecho general del propio país para el tipo de documento que se tratara. Ahora bien, dicho artículo no imponía límite alguno a la facultad de la entidad adjudicadora para exigir que la documentación se

presentara legalizada. Se dijo que, en la práctica, la entidad adjudicadora exigía la presentación de documentos legalizados que sirvieran para demostrar la idoneidad o competencia de una entidad para participar en el proceso de adjudicación de un contrato, lo que a veces alargaba y encarecía la labor preparatoria del proveedor para la presentación de su oferta. Además del efecto disuasorio de dicho requisito, la totalidad o parte de los gastos generales ocasionados al proveedor sería normalmente traspasada en el precio ofrecido a la entidad adjudicadora. El Grupo de Trabajo convino en que sería conveniente restringir la facultad de la entidad adjudicadora exigiendo a esta que pidiera que se legalizara la documentación del proveedor cuya oferta fuera declarada ganadora únicamente. Al efectuar dicha enmienda, el Grupo de Trabajo convino en que podría examinar en su momento si procedía refundir el texto del artículo 10 con el texto del párrafo 5) del artículo 6 (A/CN.9/568, párrs. 127 y 128).

72. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las modificaciones pertinentes de la Secretaría en la Ley Modelo revisada que figura en las adiciones a la presente nota.

A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 15º período de sesiones

ADICIÓN

En la presente nota se recoge el preámbulo y los artículos 1 a 15 del capítulo I (Disposiciones generales) de un texto revisado de la Ley Modelo. Los artículos 16 a 22 del capítulo I están recogidos en el documento A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2.

Las observaciones de la Secretaría se encuentran en las notas que acompañan al texto y destacadas con negritas y entre corchetes, dentro del texto.

LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA [DE BIENES, OBRAS Y SERVICIOS][1]

Preámbulo

CONSIDERANDO que [el Gobierno] [el Parlamento] de ... estima aconsejable reglamentar la contratación pública de bienes, obras y servicios a fin de promover los siguientes objetivos:

a) Alcanzar una máxima economía y eficiencia en la contratación pública;

b) Fomentar y alentar la participación de proveedores y contratistas en el proceso de contratación pública, en particular, cuando proceda, la de proveedores y contratistas sin distinción de nacionalidad, para promover de este modo el comercio internacional;

c) Promover la competencia entre proveedores o contratistas para el suministro del objeto del contrato adjudicable;

---

[1] Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si debe mantenerse la distinción general entre bienes, obras y servicios que establece el texto de 1994 de la Ley Modelo, dadas las propuestas de revisión de los capítulos II a IV de la Ley Modelo que se presentan para su consideración. En estas propuestas se abordan los procedimientos de contratación en función de la importancia y el alcance de los elementos cualitativos y no cuantificables de la contratación pública, y en ellas los términos “bienes, obras y servicios” se mantienen únicamente como descripción y no como elemento sustantivo de la Ley Modelo. Si el Grupo de Trabajo considera que la distinción de 1994 ya no es necesaria, en la Guía para la incorporación al derecho interno se podrán considerar las características particulares de determinados tipos de contratación pública, como los contratos de diseño y construcción de obras, y la contratación pública de servicios no cuantificables, especializados y bajo licencia. Por motivos prácticos, en el resto de la presente Nota se hará referencia al objeto del contrato adjudicable.

d) Asegurar el trato justo y equitativo de todos los proveedores y contratistas;

e) Promover la rectitud, la equidad y la confianza del público en el proceso de contratación; y

f) Dar transparencia a los procedimientos previstos para la contratación pública,

Ha decidido promulgar el texto de la siguiente Ley Modelo.

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES[2]

Artículo 1. Ámbito de aplicación[3]

[proyecto de texto nuevo para su consideración]

La presente Ley será aplicable a toda operación de contratación pública efectuada por entidades adjudicadoras, salvo [(el Estado que promulgue la Ley podrá especificar en ella los tipos de contratación pública que estarán excluidos)].

[texto antiguo]

"1) La presente Ley será aplicable a toda operación de contratación pública efectuada por entidades adjudicadoras, salvo que en el párrafo 2) de este artículo se disponga otra cosa.

2) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 3), la presente Ley no será aplicable a:

a) La adjudicación de contratos que revistan interés para la defensa o la seguridad nacionales;

b) La adjudicación de ... (el Estado que promulgue la Ley podrá especificar otros contratos excluidos); o

c) La adjudicación de contratos de alguna categoría excluida por los reglamentos de contratación pública.

3) La presente Ley será aplicable a los tipos de contratación a que se hace referencia en el párrafo 2) de este artículo en los casos y en la medida en que la entidad adjudicadora así lo declare expresamente a los proveedores o contratistas en la convocatoria al proceso de contratación."

---

[2] Para las cuestiones que han de considerarse en relación con el presente capítulo, véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafos 54 a 64.

[3] Para las cuestiones que han de considerarse en relación con el presente artículo, véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafos 54 y 55.

Artículo 2. Definiciones[4]

Para los fines de la presente Ley:

a) Por "contratación pública" se entenderá la obtención por cualquier medio [del objeto del contrato adjudicable] [de bienes, obras o servicios];

b) Por "entidad adjudicadora" se entenderá:

i) *Variante I*

Los departamentos, organismos, órganos u otras dependencias administrativas del Estado, o sus subdivisiones, que adjudiquen contratos, salvo ...; (y)

Variante II

Los departamentos, organismos, órganos u otras dependencias de ("la administración pública" o algún otro término utilizado para referirse al gobierno del Estado promulgante), o sus subdivisiones, que adjudiquen contratos, salvo ...; (y)

ii) (El Estado promulgante podrá indicar en este inciso y, de ser preciso, en incisos subsiguientes, otras entidades o empresas, o categorías de estas, que hayan de incluirse en la definición de "entidad adjudicadora");

c) Por "proveedor o contratista" se entenderá la entidad que pueda ser parte o lo sea ya, según el caso, en un proceso de contratación[5] con la entidad adjudicadora;

d) Por "contrato adjudicado" se entenderá el contrato entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista que resulte del proceso de contratación;

[proyecto de nuevo apartado e) para su consideración[6]]

e) Por "garantía de la oferta" se entenderá la garantía exigida a los proveedores o contratistas por la entidad adjudicadora y entregada a esta para asegurar el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones mencionadas en [el apartado f) del párrafo 1) del artículo 14], y podrá darse en forma de garantía bancaria, caución, carta de crédito contingente, cheque bancario, depósito en efectivo, pagaré o letra de cambio. Para evitar dudas, están excluidas las garantías del cumplimiento del contrato;

---

[4] Basado en el artículo 2 de la Ley Modelo de 1994. Para las cuestiones que han de considerarse en relación con el presente capítulo, véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafo 62. Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar la inclusión de un glosario de términos principales en la Guía para la incorporación al derecho interno, con el fin de recoger, como complemento del artículo 2 de la Ley Modelo, unos términos descriptivos, más que prescriptivos o normativos.

[5] La referencia a "un proceso de contratación" sustituye la referencia a "un contrato". El cambio refleja la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párr. 24).

[6] Basado en el apartado h) del artículo 2 de la Ley Modelo de 1994, modificado para adaptarlo al artículo 14 *infra*. Véase también A/CN.9/WG.I/WP.66, apartado c) del párrafo 57.

[antiguo apartado h) a suprimir]

"h) Por "garantía de licitación" se entenderá la que ha de darse a la entidad adjudicadora en garantía del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones mencionadas en el inciso f) del párrafo 1) del artículo 32, y podrá darse en forma de garantía bancaria, caución, carta de crédito contingente, cheque bancario, depósito en efectivo, pagaré o letra de cambio;"

[el antiguo apartado i) se mantendrá, pero reclasificado como apartado f)]

f) El término "moneda" comprende las unidades monetarias de cuenta;

[proyecto de nuevas definiciones para su consideración[7]]

g) Por "oferta(s)" se entenderá la(s) licitación(es), la(s) propuesta(s), la(s) oferta(s), la(s) cotización(es) y la(s) puja(s) en términos colectivos o generales;

h) Por "convocatoria" se entenderá la petición a los proveedores o contratistas de que presenten ofertas;

i) Por "oferta ganadora" se entenderá la oferta declarada ganadora por la entidad contratante de conformidad con los criterios de valoración que se hayan establecido en los pliegos de condiciones según lo previsto en el artículo [12] de la presente Ley;

j) Por "pliego de condiciones" se entenderá todos los documentos de la convocatoria de ofertas[8];

k) Por "descripción(es) [del objeto del contrato adjudicable]" se entenderá la descripción que se publique de conformidad con el artículo [11] de la presente Ley[9];

l) Por "objeto del contrato adjudicable" se entenderá los bienes, las obras o los servicios que han de adjudicarse:

[i) Por "bienes" se entenderá los objetos de cualquier índole, incluyendo las materias primas, los productos, el equipo, otros objetos en estado sólido, líquido o gaseoso y la electricidad, así como los servicios accesorios al suministro de esos bienes, siempre que el valor de estos servicios accesorios no exceda del de los propios bienes (el Estado promulgante podrá añadir otras categorías de bienes);

ii) Por "obras" se entenderá todos los trabajos relacionados con la construcción, reconstrucción, demolición, reparación o renovación de edificios, estructuras o instalaciones, como la preparación del terreno, la excavación, la erección, la edificación, la instalación de equipo o materiales, la decoración y el acabado, así como los servicios accesorios a esos trabajos, como la perforación, la labor topográfica, la fotografía por satélite, los estudios

---

[7] Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafo 62. Habida cuenta de las nuevas definiciones propuestas, se procedió a realizar los consiguientes cambios a lo largo de esta Ley Modelo revisada.

[8] Quizá el Grupo de Trabajo quiera considerar si con este término se hace referencia a los procedimientos de licitación y, por consiguiente, debe utilizarse una formulación más amplia, como "pliego de condiciones o documentos equivalentes".

[9] Este párrafo se basa en el artículo 16 y el apartado d) del artículo 27 de la Ley Modelo de 1994.

sismológicos y otros servicios similares estipulados en el contrato a que se refiere la adjudicación, si el valor de esos servicios no excede del de las propias obras;

iii) Por "servicios" se entenderá cualquier objeto del contrato adjudicable que no sea bienes ni obras; (el Estado promulgante podrá especificar algunos objetos de la contratación que habrán de considerarse servicios)[10].]

Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado relativas a la contratación pública [y acuerdos intergubernamentales en el interior (del Estado)][11]

En la medida en que la presente Ley entre en conflicto con una obligación del Estado nacida o derivada de

a) Un tratado u otra forma de acuerdo en el que sea parte con uno o más Estados,

b) Un acuerdo concertado por el Estado con una institución financiera internacional de carácter intergubernamental, o

c) Un acuerdo entre el gobierno federal de [nombre del Estado federal] y una de sus subdivisiones o entre dos o más de sus subdivisiones,

prevalecerán las exigencias impuestas por ese tratado o acuerdos, si bien, en todos los demás aspectos, la contratación pública se regirá por la presente Ley.

Artículo 4. Reglamentación de la contratación pública[12]

1) El [La] ... (el Estado promulgante indicará el órgano o la autoridad competente) estará facultado(a) para promulgar una reglamentación de la contratación pública que tenga por finalidad cumplir los objetivos y poner en práctica las disposiciones de la presente Ley.

2) La reglamentación de la contratación pública incluirá un código de conducta para los funcionarios relacionados con ella[, que abordará, entre otras cosas, la prevención de conflictos de interés en esa contratación[13]].

---

[10] Si el Grupo de Trabajo considera que ya no es necesario mantener la distinción de 1994 entre bienes, obras y servicios, los incisos i) a iii) pueden ser suprimidos de la Ley Modelo, incluyéndose en la Guía para la incorporación al derecho interno la correspondiente explicación. Las definiciones de bienes, obras y servicios que contienen estos incisos proceden de las definiciones c) a e) del artículo 2 de la Ley Modelo de 1994. Si el Grupo de Trabajo desea mantener las definiciones de estos términos, quizá sea necesario sustituir el término "descripción", habida cuenta del proyecto de artículo 11 *infra* (basado en el artículo 16 de 1994), y modificarse la definición de obras para incluir una referencia expresa a los servicios accesorios de diseño u otros servicios.

[11] Reproduce el artículo 3 de la Ley Modelo de 1994.

[12] Basado en el artículo 4 de la Ley Modelo de 1994.

[13] El párrafo 2) es nuevo y se somete al Grupo de Trabajo por primera vez. Fue introducido a raíz de la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párrs. 17 y 116). Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar si es necesaria la referencia a la

Artículo 5. Publicación de textos jurídicos[14]

1) Con la salvedad de lo dispuesto en el párrafo 2 del presente artículo, el texto de la presente Ley, las reglamentaciones de la contratación pública y otros textos jurídicos de aplicación general relacionados con la contratación pública e incluidos en el ámbito de la presente Ley, y todas sus enmiendas, serán puestos sin demora a disposición del público y sistemáticamente actualizados.

2) Las decisiones judiciales y las resoluciones administrativas que tengan valor de precedente en la contratación pública abarcada por la presente Ley serán puestas sin demora a disposición del público y, de ser necesario, serán actualizadas.

Artículo 6. Información sobre contratos próximamente adjudicables[15]

Las entidades adjudicadoras podrán publicar de vez en cuando información sobre los contratos próximamente adjudicables. Tal publicación no constituirá una convocatoria y no obligará a la entidad adjudicadora a publicar solicitudes de ofertas para los contratos que se hubieren dado a conocer.

[proyecto de nuevo artículo para su consideración]

Artículo 7. Reglas relativas a los métodos de contratación pública y tipos de convocatoria[16]

1) Salvo que se disponga otra cosa en la presente Ley, la entidad adjudicadora deberá realizar la contratación mediante un proceso de licitación[17].

---

prevención de conflictos de interés que figura entre corchetes a fin de vincular el texto con las disposiciones de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, o si bastaría una referencia en la Guía para la incorporación al derecho interno. El Grupo de Trabajo recibirá también en su 15º período de sesiones un documento de sesión que recogerá las disposiciones comunes de estos códigos de conducta que quizá el Grupo de Trabajo desee incluir en la Guía para ayudar a los Estados promulgantes a elaborar los reglamentos en cuestión. Una consecuencia importante de la inclusión de un código de conducta en los reglamentos es que quedará sujeto en tal caso a su publicación obligatoria de conformidad con el párrafo 1) del artículo 5.

[14] El artículo 5 fue aprobado provisionalmente por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 30 a 34), salvo su párrafo 3), que se ha convertido en el artículo 6, inmediatamente después del presente artículo.

[15] El artículo 6 se basa en el proyecto de párrafo 3) del artículo 5 aprobado provisionalmente por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrafo 34).

[16] Este artículo es nuevo y se somete al Grupo de Trabajo por primera vez. Se basa en varios artículos de la Ley Modelo de 1994, que se indican en cada una de las disposiciones pertinentes.

[17] El párrafo se basa en las disposiciones del párrafo 1) del artículo 18 de la Ley Modelo de 1994. La Guía para la incorporación al derecho interno puede explicar las consecuencias de esta disposición, entre ellas que la entidad adjudicadora, cuando considere si un procedimiento de licitación es viable, o no, debe procurar elaborar primero las especificaciones y los criterios de evaluación.

2) La entidad adjudicadora solo podrá utilizar un método de contratación pública distinto de la licitación a tenor de lo dispuesto en los párrafos 3) a 6) del presente artículo, y elegirá el método [y la técnica][18] más competitivo(s) y que sea(n) procedente(s) según las circunstancias del contrato de que se trate[19].

3) Siempre que sea posible dar a conocer una descripción detallada del objeto del contrato adjudicable y establecer los criterios de evaluación en términos cuantificables o monetarios, pero no proceda utilizar un procedimiento de licitación [por razones de eficiencia económica], la entidad adjudicadora podrá utilizar uno de los métodos de contratación pública a que se hace referencia en el capítulo III de la presente Ley, siempre que se cumplan las condiciones para utilizar ese método[20].

4) Cuando la entidad adjudicadora no esté en condiciones de presentar una descripción detallada del objeto del contrato y/o establecer los criterios de evaluación en términos cuantificables o monetarios, y se cumplan todas las demás condiciones para la utilización de ese método, la entidad adjudicadora podrá utilizar uno de los métodos de contratación pública a que se hace referencia en el capítulo IV de la presente Ley[21].

5) La entidad adjudicadora podrá utilizar la subasta electrónica inversa como método autónomo de contratación pública o juntamente con otros métodos de contratación que sean procedentes según las disposiciones del capítulo V de la presente Ley, siempre que se cumplan las condiciones para la utilización de subastas electrónicas inversas[22].

6) La entidad adjudicadora (, con la aprobación de … (el Estado promulgante designará el órgano competente),) podrá contratar con un solo proveedor si concurren las siguientes circunstancias excepcionales[23]:

a) Los bienes, las obras o los servicios solo puedan obtenerse de un determinado proveedor o contratista, o un determinado proveedor o contratista goce de un derecho exclusivo respecto de ellos de forma que no exista alternativa o sustituto razonable, y por tanto no sea posible utilizar un método de contratación no competitiva[24];

---

[18] Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar si la Ley Modelo debe incluir una referencia a los distintos instrumentos que ofrecen los métodos de contratación pública, como las subastas electrónicas inversas y los acuerdos marco, en este contexto.

[19] Texto nuevo. Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafos 35, 37, 41 y 43.

[20] Basado en el artículo 18 de la Ley Modelo de 1994, que remite al capítulo de dicha Ley Modelo en el que se aborda la cuestión del método de contratación más sencillo.

[21] Basado en el artículo 18 y el apartado a) del párrafo 1) del artículo 19 de la Ley Modelo de 1994.

[22] Basado en el proyecto de artículo 22 *bis*, modificado por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 56 y 57, y A/CN.9/WG.I/WP.59, párr. 3). Véase el artículo 42 de la Ley Modelo revisada.

[23] Este párrafo se basa en el artículo 22 de la Ley Modelo de 1994.

[24] Basado en el apartado a) del párrafo 1) del artículo 22 de la Ley Modelo de 1994. En lo que respecta a si debe exigirse el título de los derechos exclusivos, véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafo 44.

[proyecto de nuevo apartado b) para su consideración[25]]

b) La necesidad del objeto del contrato adjudicable sea tan urgente que resulte inviable entablar un proceso de licitación o cualquier otro método de contratación pública [26] debido al tiempo que ello requeriría, siempre que las circunstancias que hayan dado lugar a la urgencia se deban a una situación de catástrofe o no sean previsibles para la entidad adjudicadora ni obedezcan a una conducta dilatoria de su parte.

[antiguos apartados b) y c) a suprimir[27]]

"b) La necesidad de los bienes, de las obras o de los servicios sea tan urgente que resulte inviable entablar un proceso de licitación, o cualquier otro método de contratación pública, siempre que las circunstancias que hayan dado lugar a la urgencia no sean previsibles para la entidad adjudicadora ni obedezcan a una conducta dilatoria de su parte;

c) Debido a una situación de catástrofe, la necesidad de los bienes, las obras o los servicios sea tan urgente que resulte inviable recurrir a otro método de contratación a causa del tiempo que ello requeriría;"

[antiguos apartados d) y e), que se mantienen pero pasan a denominarse c) y d)]

c) Habiendo adquirido ya bienes, equipo, tecnología o servicios de un proveedor o contratista, decida adquirir más productos del mismo proveedor o contratista por razones de normalización o por la necesidad de asegurar su compatibilidad con los bienes, el equipo, la tecnología o los servicios que se estén utilizando, teniendo en cuenta si el contrato original sirvió para atender las necesidades de la entidad adjudicadora, el monto limitado del contrato propuesto en relación con el contrato original, si el precio es razonable y la inexistencia de alternativas adecuadas[28];

d) La entidad adjudicadora desee firmar un contrato para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, salvo que en el contrato se haya previsto la producción de bienes en cantidad suficiente para asegurar su viabilidad comercial o para amortizar los gastos de investigación y desarrollo, y

---

[25] Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafos 42 y 43.

[26] Esta formulación implica que la utilización de negociaciones competitivas a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley Modelo revisada por motivos de urgencia también está excluida, punto que se podría subrayar en la Guía para la incorporación al derecho interno. Si solo hay un proveedor o contratista se puede recurrir a las disposiciones del apartado a) con independencia de la urgencia del contrato. En la Guía se puede subrayar también que cuando se hace referencia a la necesidad del objeto del contrato adjudicable se hace referencia también a la cantidad que se necesita urgentemente, y no al objeto del contrato adjudicable en general, con el fin de evitar que se justifique una contratación restringida alegando una necesidad inicial urgente.

[27] Se reproducen los apartados b) y c) del párrafo 1) del artículo 22 de la Ley Modelo de 1994.

[28] Reproduce el apartado d) del párrafo 1) del artículo 22 de la Ley Modelo de 1994.

siempre que no sea posible [o no sea adecuado] utilizar otro de los métodos de contratación pública que se detallan en el capítulo IV de la presente Ley[29]; o

[antiguo apartado f) a suprimir[30]]

"f) La entidad adjudicadora haya de aplicar la presente Ley, de conformidad con el párrafo 3) del artículo 1, a un contrato que revista interés para la defensa o la seguridad nacionales y decida que el método seleccionado constituye el más apropiado para la adjudicación[31]."

[proyecto de nuevo apartado e) para su consideración]

e) La entidad adjudicadora, con la aprobación de ... (cada Estado designará el órgano competente), y previo anuncio público, dando oportunidad suficiente para formular observaciones, podrá contratar con un solo proveedor o contratista cuando la contratación con un determinado proveedor o contratista sea necesaria [en caso de grave urgencia económica a fin de evitar un daño económico o social grave][32] [a efectos de la aplicación de los criterios enumerados [en el apartado e) del párrafo 3) del artículo 12] a condición de que no sea posible lograr el mismo efecto adjudicando el contrato a otro proveedor o contratista][33].

[proyecto de nuevos párrafos 7) a 9) para su consideración]

7) a) La entidad adjudicadora que utilice un método de contratación pública distinto de la licitación a tenor de lo dispuesto en los párrafos 3) a 6) del presente artículo [hará una convocatoria abierta/iniciará la contratación pública solicitando ofertas [o, cuando proceda, solicitudes para la precalificación] mediante la publicación de una invitación conforme con las disposiciones del artículo [25] en …

---

[29] Basado en el apartado e) del párrafo 1) del artículo 22 de la Ley Modelo de 1994. La última parte del apartado, que empieza con los términos "y siempre que" ha sido añadida. Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafo 41, para conocer los motivos.

[30] Reproduce el apartado f) del párrafo 1) del artículo 22 de la Ley Modelo de 1994.

[31] Una nueva variante del texto, que tendería a una inclusión más limitada de los contratos públicos de defensa y similares, propuesta para la que se han tenido en cuenta las cuestiones planteadas en el párrafo 41 del documento A/CN/WG.I/WP.66, y la propuesta ampliación del ámbito del artículo 1 (véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 54 y 55, y el artículo 1 *supra*), podría ser la siguiente: "Cuando el contrato adjudicable revista interés para la defensa o la seguridad nacionales, si la entidad adjudicadora determina que [la utilización de cualquiera de los demás métodos de contratación pública previstos en la presente Ley no es posible [o procedente]] [la contratación con un solo proveedor o contratista es el método más adecuado de contratación]". El segundo texto entre corchetes se basa en el apartado f) del párrafo 1) del artículo 22 de la Ley Modelo de 1994.

[32] El primer texto entre corchetes es nuevo. Se basa en el comentario de la Guía al artículo 22 de la Ley Modelo de 1994. Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafos 45 a 47.

[33] El segundo texto entre corchetes es el del párrafo 2) del artículo 22 de la Ley Modelo de 1994. Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar las distintas disposiciones de la Ley Modelo en las que se aborda el cumplimiento de objetivos de política socioeconómica no relacionados con la contratación pública, y la medida en que deban mantener su formulación actual, como uno de los distintos aspectos de las revisiones de la Ley Modelo.

(el Estado promulgante designará la gaceta oficial o cualquier otra publicación oficial en la que haya de publicarse la invitación),] [34] salvo que:

i) Concurran las condiciones para la utilización de [una convocatoria directa] que se detallan en los artículos [35, 37, 40 y 41]; o

ii) [La convocatoria directa] sea la única forma de garantizar la confidencialidad o resulte necesaria por razones de interés nacional;

a condición de que la entidad adjudicadora, al hacer una [convocatoria directa], convoque a presentar propuestas a un número suficiente de proveedores o contratistas para garantizar una competencia efectiva[35].

b) En caso de que se proceda a realizar una [convocatoria directa] para garantizar la confidencialidad, y si la entidad adjudicadora determina que los procedimientos que establecen [el artículo 6, el párrafo 10) del artículo 15 en lo que respecta al acceso del público a la información, el artículo 20, el párrafo 2) del artículo 22, el artículo 24, *o añádanse las disposiciones relativas al acceso del público a la información del capítulo VII. Vías de recurso*] de la presente Ley no son aplicables al caso, incluirá en el expediente de la contratación pública exigido por el artículo [22] de la presente Ley una declaración de los motivos y circunstancias que sirvieron de base para justificar su determinación;

c) La convocatoria abierta incluirá la publicación internacional del anuncio en el que se solicitan ofertas [según lo previsto en el párrafo 2) del artículo 24][36], excepto cuando:

i) La participación en el proceso de contratación pública esté limitado exclusivamente a proveedores o contratistas nacionales de conformidad con el [párrafo 1) del artículo 9]; o

ii) La entidad adjudicadora determine, en vista del escaso valor del objeto del contrato adjudicable, que es probable que solo tengan interés en presentar ofertas proveedores o contratistas nacionales, en cuyo caso consignará en el expediente del proceso de contratación que prescribe el artículo [22] de la presente Ley una declaración de los motivos y circunstancias en que se basó para justificar su determinación[37].

---

[34] Quizá el Grupo de Trabajo desee introducir los términos convocatoria "abierta" para referirse a los procesos de contratación pública que se inicien con un anuncio según lo previsto en los artículos 24 y 37 de la Ley Modelo de 1994, de manera que pueda utilizarse esta fórmula abreviada en los artículos en los que se haga referencia a los distintos métodos de contratación pública previstos en la Ley Modelo. El término no se utiliza en la Ley Modelo de 1994, pero en el párrafo 3) del artículo 37 se utilizan los términos "convocatoria directa". Quizá el Grupo de Trabajo desee conservar los términos "convocatoria directa", que se contrapondrían a convocatoria abierta. Quizá el Grupo de Trabajo desee también considerar si debe incluirse en el artículo 2 de la Ley Modelo la definición de estos términos. Para mayor facilidad, utilizaremos en el resto de esta Nota los términos convocatoria "abierta" y convocatoria "directa", en lugar de repetir largas definiciones.

[35] Basado en las disposiciones del párrafo 3) del artículo 37 de la Ley Modelo de 1994.

[36] Quizá el Grupo de Trabajo desee incluir en el artículo 2 una definición de los términos "publicación internacional", con el fin de simplificar este párrafo y el párrafo 2) del artículo 24.

[37] Basado en las disposiciones que se repiten de los apartados a) y b) del artículo 17, los apartados a) y b) del artículo 23 y el párrafo 2) del artículo 37 de la Ley Modelo de 1994.

8) La entidad adjudicadora podrá concertar un acuerdo marco a tenor de lo dispuesto en las disposiciones del capítulo VI de la presente Ley[38].

9) La entidad adjudicadora consignará en el expediente que prescribe el artículo [22] una declaración de los motivos y circunstancias en que se basó para justificar la utilización de un método de contratación pública distinto de la licitación o la utilización de una [convocatoria directa] según lo previsto en los párrafos 2) a 7) del presente artículo[39].

Artículo 8. Comunicaciones en la contratación pública[40]

1) Todo documento, notificación, decisión y demás información producidos en el proceso de contratación, y comunicados como se exige en la presente Ley, inclusive los relacionados con procedimientos de reconsideración en virtud del capítulo [VII] o en el curso de una reunión, o que formen parte del expediente del proceso de contratación en virtud del artículo [22], adoptará una forma que deje constancia del contenido de la información y que sea accesible para que pueda utilizarse en ulteriores consultas.

2) El intercambio de información entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora a que se refieren [el apartado d) del párrafo 1) del artículo 14[41], los párrafos 6) y 10) del artículo 15[42], el párrafo 4) del artículo 19[43], el apartado a) del párrafo 2) del artículo 31[44], el párrafo 1) del artículo 33[45], …[46] y en caso de una convocatoria directa de conformidad con el apartado b) del párrafo 2) del artículo 7[47]] podrá efectuarse por un medio que no deje constancia de la información comunicada, a condición de que se dé de inmediato confirmación al receptor del mensaje, en una forma que deje constancia de su contenido y que sea accesible para ulteriores consultas.

---

[38] Texto nuevo.

[39] Basado en el párrafo 4) del artículo 18 de la Ley Modelo de 1994.

[40] Este artículo se basa en el artículo 5 *bis*, aprobado provisionalmente por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 17 a 25). En el párrafo 2) del presente artículo se han introducido los cambios necesarios (en las referencias a otras disposiciones de la Ley Modelo) para reflejar las revisiones de esta.

[41] Esta referencia sustituye a la anterior al apartado d) del párrafo 1) del artículo 32.

[42] Esta referencia sustituye a la anterior a los párrafos 4) y 6) del artículo 7.

[43] Esta referencia sustituye a la anterior al párrafo 1) del artículo 36, y quizá el Grupo de Trabajo desee modificarla o eliminarla dependiendo de la finalización por él mismo de la revisión del proyecto de artículo sobre la aceptación y entrada en vigor del contrato adjudicado y la introducción de una moratoria. La cuestión es si puede entrar en vigor, o no, un contrato público sobre la base, por ejemplo, de una llamada telefónica seguida de una confirmación escrita. Véase también el párrafo 9) del artículo 19 *infra* (basado en el párrafo 4) del artículo 36 de la Ley Modelo de 1994) referente al significado de expedición.

[44] Esta referencia sustituye a la anterior al mismo artículo.

[45] Esta referencia sustituye a la anterior al párrafo 1) del artículo 34.

[46] La referencia que falta es a los apartados b) a f) del artículo 44 anterior (procedimiento de selección con negociaciones consecutivas). La referencia debe ser actualizada para tener en cuenta las revisiones del capítulo IV.

[47] Esta referencia sustituye a la anterior al párrafo 3) del artículo 37 y al párrafo 1) del artículo 47 de la Ley Modelo de 1994.

3) La entidad adjudicadora, al solicitar por primera vez la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación pública, especificará:

a) Todo requisito de forma;

b) Los medios que se utilizarán por la entidad adjudicadora o en su nombre para comunicar información a un proveedor o contratista o al público, o por un proveedor o contratista para comunicarla a la entidad adjudicadora u otra entidad que actúe en su nombre;

c) Los medios que se utilizarán para satisfacer todos los requisitos previstos en la presente Ley para que la información conste por escrito o esté firmada; y

d) Los medios que se utilizarán para celebrar cualquier reunión de proveedores o contratistas.

4) Los medios mencionados en el párrafo anterior deberán poder utilizarse fácilmente junto con los que habitualmente emplean los proveedores o contratistas en el contexto de que se trate. Los medios que se utilizarán para celebrar cualesquiera reuniones de proveedores o contratistas garantizarán además que los proveedores o contratistas puedan participar plena y simultáneamente en la reunión.

5) Se adoptarán medidas adecuadas para garantizar la autenticidad, integridad y confidencialidad de la información de que se trate.

Artículo 9. Participación de proveedores y contratistas[48]

1) Los proveedores o contratistas podrán participar en los procesos de contratación sin distinción alguna por razones de nacionalidad, salvo en los casos en que la entidad adjudicadora decida, por motivos especificados en las normas que rigen la contratación pública o de conformidad con otras normas legales, limitar la participación en el proceso de contratación por dichas razones.

2) La entidad adjudicadora que limite la participación por razones de nacionalidad con arreglo al párrafo 1) del presente artículo deberá consignar en el expediente del proceso de contratación una relación de los fundamentos y las circunstancias de su decisión.

3) La entidad adjudicadora, al dirigir su primera invitación a los proveedores o contratistas para que participen en el proceso de contratación, les señalará que podrán participar en ese proceso sin distinción alguna por razones de nacionalidad, y no podrá modificar posteriormente esa declaración. Sin embargo, si decide limitar la participación de conformidad con el párrafo 1) del presente artículo, incluirá una declaración en ese sentido en la invitación.

---

[48] Reproduce el artículo 8 de la Ley Modelo de 1994.

Artículo 10. Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas[49]

1) El presente artículo será aplicable a la apreciación que en cualquier etapa del proceso de contratación efectúe la entidad adjudicadora de las condiciones exigibles a los proveedores o contratistas.

2) Para poder participar en el proceso de contratación, los proveedores o contratistas deberán demostrar su idoneidad satisfaciendo aquellos de los siguientes criterios que la entidad adjudicadora considere apropiados en el proceso de contratación de que se trate[50]:

i) Que poseen las calificaciones profesionales y técnicas, la competencia profesional y técnica, los recursos financieros, el equipo y demás medios materiales, la capacidad empresarial, la fiabilidad, la experiencia, las normas éticas, la reputación y el personal necesarios para ejecutar el contrato adjudicado;

ii) Que tienen capacidad jurídica para firmar el contrato adjudicado;

iii) Que no son insolventes ni se encuentran en concurso de acreedores, en quiebra o en proceso de liquidación, y que sus negocios no han quedado bajo la administración de un tribunal o de un administrador judicial, sus actividades comerciales no han sido suspendidas ni se ha iniciado procedimiento judicial alguno contra ellos por cualquiera de las causas que anteceden;

iv) Que han cumplido sus obligaciones fiscales y han realizado sus aportaciones a la seguridad social en el Estado de que se trate;

v) Que no han sido, ni ellos ni su personal directivo o ejecutivo, condenados por un delito relativo a su conducta profesional o fundado en una declaración falsa o fraudulenta acerca de su idoneidad para firmar un contrato adjudicado en los … años (el Estado promulgante fijará el plazo) anteriores al inicio del proceso de contratación, ni han sido descalificados en razón de un proceso de inhabilitación o de suspensión administrativa.

2) Sin perjuicio del derecho de los proveedores o contratistas a proteger su propiedad intelectual o sus secretos comerciales, la entidad adjudicadora podrá pedir a los que participen en un proceso de contratación que suministren pruebas documentales apropiadas o los demás datos que estime útiles para cerciorarse de que

---

[49] Basado en el artículo 6 de la Ley Modelo de 1994, habiéndose introducido los cambios derivados de las revisiones de esta Ley Modelo, y con las enmiendas indicadas.

[50] La formulación de este párrafo tiene por objeto permitir que la entidad adjudicadora valore el cumplimiento de las condiciones exigibles o bien de todos los proveedores o contratistas o bien únicamente del proveedor o contratista ganador. La Guía para la incorporación al derecho interno puede explicar también que antes de la presentación de las plicas u otras ofertas, debe comprobarse el cumplimiento de las condiciones que establece el inciso i) con el fin de evitar que se ejerzan presiones improcedentes para que se acepte una oferta ganadora de un proveedor que quizá no reúna las condiciones exigibles, en particular si se trata de la adquisición de artículos que no son de venta directa. El Grupo de Trabajo ha indicado anteriormente que debe explicarse en la Guía para la incorporación al derecho interno la terminología que se utiliza en la Ley Modelo, que no siempre es igual a la utilizada en otros sistemas.

los proveedores o contratistas son idóneos de conformidad con los criterios a que se hace referencia en el apartado b) del párrafo 1).

3) Los requisitos que se fijen de conformidad con el presente artículo deberán enunciarse en la documentación de precalificación, de haberla, y en el pliego de condiciones u otros documentos en que se soliciten propuestas, ofertas o cotizaciones y serán aplicables por igual a todos los proveedores o contratistas. 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.

4) La entidad adjudicadora evaluará la idoneidad de los proveedores o contratistas según los criterios y procedimientos que se señalen en los documentos de precalificación, de haberlos, y en el pliego de condiciones.

5) A reserva de lo dispuesto en [el párrafo 1) del artículo 9 y el párrafo 4) del artículo 12], la entidad adjudicadora no establecerá criterio, requisito ni procedimiento alguno para la evaluación de la idoneidad de los proveedores o contratistas que discrimine contra o entre ellos o contra ciertas categorías de ellos en razón de la nacionalidad o que no sea objetivamente justificable.

[proyecto de nuevo párrafo 6) para su consideración[51]]

6) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 5) del presente artículo, la entidad adjudicadora podrá exigir la legalización de los documentos probatorios facilitados por el proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora para demostrar que cumple las condiciones exigidas. En ese caso, la entidad adjudicadora no impondrá ningún requisito con respecto a esa legalización de los documentos probatorios que no esté ya previsto en la legislación del Estado de que se trate sobre la legalización de documentos del tipo en cuestión.

7) a) La entidad adjudicadora descalificará a un proveedor o contratista si descubre en cualquier momento que la información presentada respecto de su idoneidad era falsa;

b) La entidad adjudicadora podrá descalificar a un proveedor o contratista si descubre en cualquier momento que la información presentada respecto de su idoneidad era sustancialmente incorrecta o sustancialmente incompleta;

c) En los casos en que no sea aplicable el apartado a) del presente párrafo, la entidad adjudicadora no podrá descalificar a un proveedor o contratista en razón de que la información presentada respecto de la idoneidad de ese proveedor o contratista era inexacta o incompleta en algún aspecto no sustancial. El proveedor o contratista podrá ser descalificado si no subsana sin demora esas deficiencias al ser requerido a ello por la entidad adjudicadora.

---

[51] Basado en el artículo 10 de la Ley Modelo de 1994, que fue enmendado en virtud del acuerdo provisional a que llegó el Grupo de Trabajo en su sexto período de sesiones. Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafos 71 y 72. También han sido incorporadas las sugerencias de los expertos que actúan como consultores.

Artículo 11. Reglas relativas a la descripción del objeto del contrato adjudicable y las cláusulas y condiciones del contrato público o del acuerdo marco[52]

1) La entidad adjudicadora incluirá en los pliegos de condiciones la descripción del objeto del contrato adjudicable que utilizará para evaluar si una oferta es conforme. No se incluirá ni utilizará en la documentación de precalificación, de haberla, ni en los pliegos de condiciones ninguna descripción del objeto del contrato adjudicable que cree obstáculos a la participación de proveedores o contratistas en el proceso de contratación, comprendidos los obstáculos por razones de nacionalidad.

2) La descripción del objeto del contrato adjudicable podrá incluir especificaciones, planos, dibujos, diseños, requisitos relativos a ensayos y métodos de ensayo, formas de envasado y empleo de marcas o etiquetas o de certificados de conformidad, y símbolos y terminología.

3) En la medida de lo posible, la descripción del objeto del contrato adjudicable será objetiva, funcional y genérica, y describirá las características técnicas y de calidad, o las características de funcionamiento pertinentes de ese objeto. No se exigirán ni mencionarán marcas de fábrica o de comercio, denominaciones, patentes, diseños, tipos, lugares de origen o productores determinados, salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características del objeto del contrato adjudicable y a condición de que se incluyan en la descripción las palabras "o su equivalente" u otra expresión similar[53].

4) a) Para formular la descripción del objeto del contrato adjudicable que se incluirá en la documentación de precalificación, de haberla, o en los pliegos de condiciones se utilizarán, cuando existan, características, requisitos, símbolos y terminología normalizados para referirse a las características técnicas y de calidad de dicho objeto;

b) Para formular las cláusulas y condiciones del contrato que haya de adjudicarse como resultado del proceso de contratación y para describir otros aspectos pertinentes de la documentación de precalificación, en su caso, o de los pliegos de condiciones se tendrá debidamente en cuenta la utilización de cláusulas comerciales normalizadas, de haberlas.

---

[52] Basado en el artículo 16, habiéndose introducido los cambios derivados de las nuevas definiciones cuya adición al artículo 2 *supra* se propone. La Guía para la incorporación al derecho interno explicará la importancia de este artículo, pues establece qué se entenderá por oferta conforme, y podrá también proponer que los pliegos de condiciones establezcan cuál es la fuente de referencia de los términos técnicos que se utilicen (por ejemplo, el Vocabulario común de contratos públicos de la Unión Europea). Quizá el Grupo de Trabajo desee también considerar si este último elemento debe convertirse en un requisito de cumplimiento obligatorio para los pliegos de condiciones.

[53] Se han incluido en este párrafo las sugerencias de los expertos que actúan como consultores.

Artículo 12. Reglas relativas a los criterios de evaluación[54]

1) La entidad adjudicadora establecerá en los pliegos de condiciones los criterios que tendrá en cuenta para evaluar las ofertas y determinar la ganadora. Cuando hayan de utilizarse criterios distintos del precio para evaluar las ofertas y determinar cuál es la ganadora, la entidad adjudicadora establecerá en los pliegos de condiciones la ponderación relativa que se asignará a cada criterio de evaluación y la manera en que se aplicarán[55].

2) Los criterios de evaluación:

a) Guardarán relación con el objeto del contrato adjudicable;

b) Incluirán el precio del objeto del contrato adjudicable.

3) Los criterios de evaluación y la determinación del coeficiente relativo de ponderación:

a) Serán, en la medida de lo posible, objetivos; y

b) Estarán, en la medida de lo posible, cuantificados o expresados en términos monetarios.

3) Los criterios de evaluación, siempre que guarden relación con el objeto del contrato adjudicable, podrán referirse a lo siguiente:

a) El margen de preferencia que se aplique al amparo del párrafo [4)] del presente artículo, incluidos los costos secundarios o conexos;

b) El costo de la utilización, el mantenimiento o la reparación de los bienes o las obras, el plazo para la entrega de los bienes, la terminación de las obras o la prestación de los servicios, las características funcionales de los bienes o las obras, las condiciones de pago y las condiciones de las garantías ofrecidas con respecto al objeto del contrato adjudicable;

c) [Cuando el proceso de contratación se lleve a cabo de conformidad con el capítulo IV[56], si la oferta presentada por el proveedor o contratista permite satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora y, cuando proceda[57], si cumple

---

[54] Artículo nuevo. Se basa en el apartado e) del artículo 27, el párrafo 4) del artículo 34, el apartado m) del artículo 38, el artículo 39 y el párrafo 3) del artículo 48 de la Ley Modelo de 1994. Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafos 26 y 27 y apartado b) del párrafo 57.

[55] En la Guía para la incorporación al derecho interno se explicará que el propósito de esta disposición es permitir que los proveedores o contratistas sepan cómo se compararán sus ofertas con las demás y cómo se contrastarán con los criterios de evaluación. Aunque no se establezca en ninguna disposición cuál es el nivel de desglose de los criterios que habrán de utilizarse, en la Guía se explicará que el objetivo de la referencia a "la manera en que se aplicarán" es que tengan que darse a conocer todos los factores o criterios que se aplicarán, lo mismo que las fórmulas matemáticas que se utilizarán.

[56] Esta formulación parte del supuesto de que el Grupo de Trabajo excluye del texto revisado el artículo 42 de la Ley Modelo de 1994. Si el Grupo de Trabajo desea incluir en el capítulo III un equivalente al artículo 42 referente a los procesos de contratación en los que se establezca que uno de los criterios de evaluación serán las calificaciones profesionales y técnicas, habría que actualizar las referencias que se incluyen en este proyecto.

[57] Los términos "cuando proceda" se han añadido para distinguir entre los criterios que podríamos denominar de idoneidad y los criterios de valoración. En la Guía para la incorporación al

los requisitos relativos a las calificaciones, la experiencia, la reputación, la fiabilidad y la capacidad empresarial del proveedor o contratista y del personal que habrá de participar en la prestación de los servicios][58];

d) El efecto que la aceptación de una oferta tendría en la situación de la balanza de pagos y en las reservas de divisas de [el Estado], los acuerdos de comercio compensatorio ofrecidos por los proveedores o contratistas, la proporción de contenido local desde el punto de vista de la fabricación y de la mano de obra y los materiales que los proveedores o contratistas ofrezcan respecto de los bienes, las obras o los servicios, las perspectivas de desarrollo económico, de inversiones o de otras actividades comerciales que ofrezcan las ofertas, el fomento del empleo, la reserva de determinada parte de la producción a los proveedores internos, la transferencia de tecnología y el desarrollo de conocimientos especializados de gestión, científicos u operacionales [… (el Estado promulgante podrá ampliar la presente lista con otros criterios)][59]; y

e) Consideraciones de seguridad o defensa nacionales.

4) De estar autorizada por los reglamentos de la contratación pública (y con la aprobación de … (el Estado promulgante designará el órgano competente),), la entidad adjudicadora, al evaluar y comparar las ofertas, podrá conceder un margen de preferencia a las ofertas de obras presentadas por contratistas nacionales, a las ofertas de bienes que vayan a ser producidos en el país o a las ofertas de servicios que vayan a ser prestados por proveedores nacionales. El margen de preferencia se calculará de conformidad con los reglamentos de contratación pública y quedará reflejado en el expediente del proceso de contratación[60].

5) Para determinar cuál es la oferta ganadora, los criterios de evaluación, y el coeficiente relativo de ponderación, que se den a conocer en cumplimiento del presente artículo, se aplicarán de la forma en que se dieron a conocer[61].

Artículo 13. Reglas relativas al idioma utilizado en los pliegos de condiciones[62]

La documentación de precalificación y el pliego de condiciones estarán redactados en … [el Estado promulgante indicará su idioma oficial o sus idiomas oficiales)

---

derecho interno se explicará la diferencia entre los criterios de idoneidad, los criterios de conformidad y los criterios de valoración, señalando que no se pueden utilizar los mismos criterios en dos o más de estas distintas valoraciones.

[58] Este apartado ha de considerarse en conjunción con el capítulo IV y los instrumentos relativos a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafos 16 a 25 y 67 a 70.

[59] El Grupo de Trabajo aplazó la consideración de este apartado. Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafos 29 y 30.

[60] El Grupo de Trabajo aplazó la consideración de este párrafo. Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafo 29.

[61] La Guía para la incorporación al derecho interno explicará que se tratará de la oferta cuyo precio sea más bajo, la que sea calificada de más económica o la que mejor satisfaga las necesidades de la entidad adjudicadora, etc., según proceda. El Grupo de Trabajo ha decidido también considerar esta terminología en el curso del proceso de revisión de la Ley Modelo.

[62] Este artículo se basa en las disposiciones del artículo 17 de la Ley Modelo de 1994, modificado para reflejar las disposiciones del apartado c) del párrafo 2) del artículo 7 *supra*.

(y en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, salvo que el proceso de contratación se limite únicamente a proveedores o contratistas nacionales de conformidad con el [apartado c) del párrafo 2) del artículo 7] de la presente Ley).

Artículo 14. Garantías[63]

1) Cuando la entidad adjudicadora exija al proveedor o contratista que presente una garantía de la oferta:

a) Ese requisito será aplicable a todos los proveedores o contratistas;

b) En el pliego de condiciones se podrá estipular que el emisor de la garantía de la oferta y su confirmante, si lo hubiere, así como la forma y las cláusulas de esa garantía deben ser aceptables para la entidad adjudicadora;

c) No obstante lo dispuesto en el apartado que antecede, la entidad adjudicadora no podrá rechazar una garantía de la oferta aduciendo que no ha sido emitida por un emisor del Estado si la garantía de la oferta y el emisor satisfacen, por lo demás, los requisitos establecidos en el pliego de condiciones (, salvo que la aceptación de esa garantía de la oferta por la entidad adjudicadora sea contraria a la ley del Estado);

d) El proveedor o contratista, antes de presentar su oferta, podrá solicitar de la entidad adjudicadora que confirme que el emisor de la garantía de la oferta o, cuando proceda, el confirmante son aceptables; la entidad adjudicadora atenderá sin demora esa solicitud;

e) El hecho de que la entidad adjudicadora confirme que el emisor propuesto o, cuando proceda, el confirmante de la garantía son aceptables no obstará para que rechace la garantía de la oferta por la insolvencia o falta de capacidad crediticia de uno u otro;

f) La entidad adjudicadora especificará en el pliego de condiciones los requisitos relativos al emisor y a la índole, la forma, la cuantía y otras cláusulas y condiciones fundamentales de la garantía de la oferta; los requisitos que tengan que ver directa o indirectamente con el comportamiento del proveedor o contratista que presente la oferta se referirán únicamente a:

i) La retirada o la modificación de la oferta una vez vencido el plazo para la presentación de ofertas o antes del vencimiento, si así se estipula en el pliego de condiciones;

ii) El hecho de no firmar el contrato adjudicado, previo requerimiento de la entidad adjudicadora;

iii) El hecho de no dar la garantía de cumplimiento del contrato que le sea requerida una vez aceptada la oferta o de no cumplir cualquier otra condición previa a la firma del contrato adjudicado que se haya especificado en el pliego de condiciones.

---

[63] Este artículo reproduce las disposiciones del artículo 32 de la Ley Modelo de 1994, en las que se han introducido los cambios correspondientes al proyecto de revisión del artículo 2 *supra*.

2) La entidad adjudicadora no reclamará el pago de la garantía de la oferta y devolverá o hará devolver sin demora el título de la garantía al proveedor o contratista que la haya presentado tan pronto como se dé la primera de las siguientes circunstancias:

a) La expiración de la garantía de la oferta;

b) La entrada en vigor del contrato adjudicado y la constitución de una garantía de cumplimiento del contrato, si el pliego de condiciones lo exige;

c) La terminación del proceso de licitación sin que haya entrado en vigor un contrato;

d) La retirada de la oferta antes de haber vencido el plazo para la presentación de ofertas, a menos que en el pliego de condiciones se estipule que no se permite tal retirada.

Artículo 15. Procedimiento de precalificación[64]

1) La entidad adjudicadora podrá convocar [en los casos previstos en los artículos … convocará][65] a precalificación con miras a seleccionar, antes de la convocatoria[66], proveedores o contratistas idóneos. Las disposiciones del artículo [10] serán aplicables a la precalificación.

2) Cuando la entidad adjudicadora convoque a precalificación, hará que se publique una invitación a la precalificación en … (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial donde habrá de publicarse la invitación). La invitación a precalificación deberá también publicarse, en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación del sector o una revista técnica o profesional de amplia circulación internacional, excepto cuando la participación esté limitada únicamente a proveedores y contratistas nacionales de conformidad con el [apartado c) del párrafo 2) del artículo 7] de esta Ley[67].

---

[64] Basado en los artículos 7, 23 y 24, el párrafo 2) del artículo 25 y los párrafos 1), 2) y 4) del artículo 37 de la Ley Modelo de 1994. Para las cuestiones que han de considerarse con respecto a este artículo véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafos 22 y 38 y desde el apartado d) del párrafo 57 al párrafo 59. Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar también si debe incluirse en la invitación a la precalificación o en la documentación de la precalificación la exigencia de un nivel determinado de financiación. Además, quizá el Grupo de Trabajo desee considerar si debe valorarse el cumplimiento de algún criterio de idoneidad en una determinada etapa del procedimiento (por ejemplo, los establecidos en el proyecto de inciso i) del párrafo 2) del artículo 10 *supra*).

[65] Este artículo debe ser considerado con el artículo 35 (licitación restringida) y con el capítulo IV, y puesto en conformidad con los instrumentos relativos a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, apartado a) del párrafo 22 y párrafos 38 y 59.

[66] La frase "antes de la convocatoria" sustituye a la frase anterior "antes de que se presenten ofertas o propuestas" con el fin de hacer más clara la diferencia con el párrafo 1) del artículo 10 referente a las condiciones exigibles a los proveedores o contratistas. Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafo 58.

[67] El párrafo 2) es nuevo y se basa en los artículos 23 y 24 y los párrafos 1) y 2) del artículo 37 de la Ley Modelo de 1994.

3) La invitación a la precalificación contendrá, por lo menos, los siguientes datos[68]:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora[69];

b) Un resumen de las principales cláusulas y condiciones del contrato que se haya de firmar como resultado del proceso de contratación pública, que incluirá la índole y la cantidad, así como el lugar de entrega de los bienes que hayan de suministrarse, la índole y ubicación de las obras que hayan de efectuarse o la índole de los servicios y el lugar donde hayan de prestarse, así como el plazo conveniente o necesario para el suministro de los bienes o la terminación de las obras o el plazo o el calendario para la prestación de los servicios[70];

c) Los criterios y procedimientos que se aplicarán para evaluar la idoneidad de proveedores o contratistas de conformidad con [el apartado b) del párrafo 1) del artículo 10][71];

d) Una declaración, que no podrá ser modificada ulteriormente, de que el proceso de contratación estará abierto a la participación de proveedores o contratistas sin distinción alguna por razones de nacionalidad o una declaración que limite la participación por razones de esa índole de conformidad con el [párrafo 1) del artículo 9], según proceda[72];

e) La forma de obtener la documentación de precalificación y el lugar donde podrá obtenerse[73];

f) El precio que cobre la entidad adjudicadora, en su caso, por la documentación de precalificación y, con posterioridad a la precalificación, por el pliego de condiciones[74];

g) Salvo en caso de convocatoria de una licitación limitada únicamente a proveedores o contratistas nacionales de conformidad con el [apartado c) del párrafo 2) del artículo 7] de la presente Ley, la moneda y la forma de pago de la

---

[68] El párrafo 3) es nuevo y se basa en el párrafo 3) del artículo 7, el artículo 23, el párrafo 2) del artículo 25, que a su vez remite ampliamente al párrafo 1) del propio artículo 25, y el párrafo 1) del artículo 37 de la Ley Modelo de 1994.

[69] Véase el párrafo 2) del artículo 25, leído conjuntamente con el apartado a) del párrafo 1) del propio artículo 25, y el párrafo 1) del artículo 37 de la Ley Modelo de 1994.

[70] Véase el inciso ii) del apartado a) del párrafo 3) del artículo 7, el párrafo 2) del artículo 25, que ha de leerse conjuntamente con los apartados b) y c) del párrafo 1) del propio artículo 25, y el párrafo 1) del artículo 37 de la Ley Modelo de 1994.

[71] Véase el párrafo 2) del artículo 25, leído conjuntamente con el apartado d) del párrafo 1) del propio artículo 25, de la Ley Modelo de 1994.

[72] Véase el párrafo 2) del artículo 25, leído conjuntamente con el apartado e) del párrafo 1) del propio artículo 25, de la Ley Modelo de 1994.

[73] Véase el apartado a) del párrafo 2) del artículo 25 y el párrafo 1) del artículo 37 de la Ley Modelo de 1994.

[74] Véase el apartado b) del párrafo 2) del artículo 25, párrafo que ha de leerse conjuntamente con el apartado g) del párrafo 1) del propio artículo 25, y el párrafo 1) del artículo 37 de la Ley Modelo de 1994.

documentación de precalificación y, con posterioridad a la precalificación, del pliego de condiciones[75];

h) Salvo en caso de convocatoria de una licitación limitada únicamente a proveedores o contratistas nacionales de conformidad con el [apartado c) del párrafo 2) del artículo 7] de la presente Ley, el idioma o los idiomas en que podrá obtenerse la documentación de la precalificación y, después de la precalificación, los pliegos de condiciones[76];

i) La forma y el lugar de presentación de las solicitudes de precalificación y el plazo para la presentación, con indicación de fecha y hora, que habrá de dejar tiempo suficiente a los proveedores o contratistas para preparar y presentar sus solicitudes, teniendo en cuenta las necesidades razonables de la entidad adjudicadora[77].

4) La entidad adjudicadora proporcionará la documentación de precalificación al proveedor o contratista que la solicite de conformidad con la invitación a la precalificación y que, en su caso, 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 distribución a los proveedores o contratistas[78].

5) La documentación de precalificación contendrá, por lo menos, la información siguiente[79]:

a) Instrucciones para preparar y presentar las solicitudes de precalificación[80];

b) Los documentos probatorios y demás información que deban presentar los proveedores o contratistas para demostrar su idoneidad[81];

c) El nombre, el cargo y la dirección de los funcionarios o empleados de la entidad adjudicadora que hayan sido autorizados para tener comunicación directa con los proveedores o contratistas en relación con el proceso de contratación, sin intervención de un intermediario[82];

---

[75] Véase el artículo 23, por lo que respecta a la excepción, y el apartado c) del párrafo 2) del artículo 25, párrafo que ha de leerse conjuntamente con el apartado h) del párrafo 1) del propio artículo 25, de la Ley Modelo de 1994.

[76] Véase el artículo 23, por lo que respecta a la excepción, y el apartado d) del párrafo 2) del artículo 25, párrafo que ha de leerse conjuntamente con el apartado i) del párrafo 1) del propio artículo 25, de la Ley Modelo de 1994.

[77] Véase el inciso iv) del apartado a) del párrafo 3) del artículo 7 y el apartado e) del párrafo 2) del artículo 25 de la Ley Modelo de 1994.

[78] Véase el párrafo 2) del artículo 7 y el párrafo 4) del artículo 37 de la Ley Modelo de 1994.

[79] Véase el párrafo 3) del artículo 7 de la Ley Modelo de 1994.

[80] Véase el inciso i) del apartado a) del párrafo 3) del artículo 7 de la Ley Modelo de 1994.

[81] Véase el inciso iii) del apartado a) del párrafo 3) del artículo 7 de la Ley Modelo de 1994.

[82] Véase el inciso ii) del apartado b) del párrafo 3) del artículo 7, que ha de leerse conjuntamente con el apartado p) del artículo 38 de la Ley Modelo de 1994.

d) Remisiones a la presente Ley, a la reglamentación de contratación pública o a cualquier otra disposición de derecho interno que sea directamente aplicable al proceso de contratación[83];

e) Si ya se conoce, el lugar y el plazo para la presentación de ofertas[84];

[f) Si la entidad adjudicadora tiene la intención de pedir ofertas solo a un número limitado de proveedores o contratistas precalificados tras la finalización del procedimiento de precalificación de conformidad con el párrafo 9) del presente artículo y, en tal caso, cuál será ese número y la forma en que se llevará a cabo la selección[85];]

g) 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[86].

6) 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[87].

7) 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[88].

8) Únicamente los proveedores o contratistas precalificados podrán seguir participando en el proceso de contratación pública[89].

---

[83] Véase el inciso ii) del apartado b) del párrafo 3) del artículo 7, que ha de leerse conjuntamente con el apartado s) del artículo 38 de la Ley Modelo de 1994.

[84] Véase el párrafo 2) del artículo 25, que ha de leerse conjuntamente con el apartado j) del párrafo 1) del propio artículo 25, de la Ley Modelo de 1994.

[85] Texto nuevo basado en el apartado c) del párrafo 4) de la disposición modelo 6 de las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada de la CNUDMI. Este apartado se ha de considerar con el párrafo 9 y con los cambios consiguientes que se han introducido en los párrafos 10 a 12 de este artículo. Todas estas disposiciones deben ser consideradas a su vez en conjunto con el capítulo IV y los instrumentos relativos a los proyectos de infraestructura con financiación privada. Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, apartado b) del párrafo 22. Un aspecto de esta cuestión que quizá desee considerar el Grupo de Trabajo es la medida en que puede regularse un proceso de este tipo para que se lleve adelante de una forma imparcial y objetiva.

[86] Véase el inciso v) del apartado a) del párrafo 3) del artículo 7 de la Ley Modelo de 1994.

[87] Véase el párrafo 4) del artículo 7 de la Ley Modelo de 1994. Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar si estos criterios deben ser objeto de una mayor regulación, como en el caso de la evaluación de las ofertas.

[88] Véase el párrafo 5) del artículo 7 de la Ley Modelo de 1994.

[89] Véase la última oración del párrafo 6) del artículo 7 de la Ley Modelo de 1994.

[9) No obstante lo dispuesto en el párrafo [8] del presente artículo [y tratándose de procesos de contratación de conformidad con el capítulo IV de la presente Ley][90], la entidad adjudicadora podrá, siempre que haya hecho a tal efecto una declaración pertinente en los documentos de precalificación, reservarse el derecho a solicitar ofertas, al concluir el procedimiento de precalificación, únicamente a un número limitado de proveedores o contratistas que cumplan mejor los criterios de precalificación. Con este fin, la entidad adjudicadora puntuará a los proveedores o contratistas que cumplan los criterios de precalificación, aplicando para ello los criterios de evaluación de su idoneidad y elaborará la lista de los que serán invitados a presentar ofertas al concluir el procedimiento de precalificación. Al elaborar la lista, la entidad adjudicadora aplicará únicamente los criterios de puntuación que se enuncien en la documentación de precalificación[91].]

10) 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 precalificado [o preseleccionado de conformidad con el párrafo [9)] del presente artículo] y dará a conocer a quien lo solicite los nombres de todos los proveedores o contratistas que hayan sido precalificados [o preseleccionados][92].

11) La entidad adjudicadora comunicará los fundamentos de su decisión a los proveedores o contratistas que no hayan sido precalificados [o preseleccionados] de conformidad con el párrafo [9)] del presente artículo] y que lo soliciten, sin estar por ello obligada a precisar los motivos ni indicar las razones de su decisión[93].

12) La entidad adjudicadora podrá exigir al proveedor o contratista precalificado [o preseleccionado de conformidad con el párrafo [9)] del presente artículo] que vuelva a demostrar su idoneidad con arreglo a los mismos criterios que se utilizaron para precalificarlo. 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[94].

---

[90] Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar que esa opción debe ofrecerse también cuando se utilicen otros métodos de contratación. En ese caso, habría que suprimir la frase entre corchetes.

[91] Texto nuevo basado en el párrafo 2) de la disposición modelo 9 de las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada de la CNUDMI. Se ha de considerar con el capítulo IV y los instrumentos sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada. Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, apartado b) del párrafo 22. Se han introducido los cambios correspondientes, entre corchetes, en el apartado f) del párrafo 5 y en los párrafos 10 a 12 del presente artículo. Como se indicó en la nota 85 *supra*, quizá el Grupo de Trabajo desee considerar la cuestión de la objetividad e imparcialidad en este proceso, en particular si se tienen en cuenta las disposiciones revisadas que, en su redacción actual, se aplicarían a las decisiones de la entidad adjudicadora a este respecto.

[92] Véase el párrafo 6) del artículo 7 de la Ley Modelo de 1994, del que se ha suprimido la última oración que se ha convertido en el párrafo 8) del proyecto actual.

[93] Véase el párrafo 7) del artículo 7 de la Ley Modelo de 1994.

[94] Véase el párrafo 8) del artículo 7 de la Ley Modelo de 1994.

A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.2 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 15º período de sesiones

ADICIÓN

En la presente nota se recoge el texto de los artículos 16 a 22 del capítulo I (Disposiciones generales), así como el texto del capítulo II (Proceso de licitación) de una versión revisada de la Ley Modelo. Las observaciones de la Secretaría figuran en las notas de pie de página que acompañan al texto del articulado y en los corchetes que aparecen en negrita.

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES
(*continuación*)

Artículo 16. Rechazo de todas las ofertas[1]

1) La entidad adjudicadora (con la aprobación de ... (el Estado promulgante designará aquí el órgano competente)), y, de estar ello previsto en el pliego de condiciones o en otro documento equivalente[2], podrá rechazar todas las ofertas en cualquier momento anterior a la aceptación de una de ellas. La entidad adjudicadora comunicará a todo proveedor o contratista, que haya presentado una oferta y que lo solicite, las razones por las cuales haya rechazado todas las ofertas, pero no estará obligada a motivar sus razones.

2) La entidad adjudicadora no incurrirá en responsabilidad respecto de los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas por el solo hecho de actuar conforme a lo previsto en el párrafo 1) del presente artículo.

3) Se dará aviso sin demora del rechazo de todas las ofertas a todos los proveedores o contratistas que las hayan presentado.

---

[1] Reproduce el artículo 12 con los cambios introducidos a la luz de las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2.

[2] El Grupo de Trabajo expresó dudas acerca de si debía retenerse la segunda frase de la oración inicial de este artículo, y remitió el examen de toda enmienda eventual a un futuro período de sesiones (A/CN.9/623, párr. 36).

Artículo 17. Rechazo de las ofertas anormalmente bajas[3]

1) La entidad adjudicadora podrá rechazar toda oferta, si determina que el precio indicado, junto con los demás elementos constitutivos de la oferta, resulta anormalmente bajo respecto del objeto del contrato adjudicable, lo que le suscita dudas acerca de la aptitud del proveedor o contratista para cumplir el contrato, siempre y cuando, la entidad adjudicadora:

a) Haya solicitado por escrito del proveedor o contratista afectado que explicite todo elemento constitutivo de su oferta que suscite dudas acerca de su aptitud para cumplir el contrato;

b) Haya estudiado la información que, en su caso, se le haya facilitado, pero siga abrigando esas dudas fundadas en motivos razonables; y

c) Haya consignado sus temores y su fundamento, así como todas las comunicaciones intercambiadas con el proveedor o contratista con arreglo al presente artículo en el expediente del proceso de adjudicación.

2) La decisión, debidamente motivada, por la que la entidad adjudicadora rechace una oferta, conforme a lo previsto en el presente artículo, deberá constar en el expediente del proceso de contratación y ser comunicada sin demora al proveedor o contratista afectado.

Artículo 18. Rechazo de una oferta por razón de los incentivos ofrecidos por el proveedor y contratista o por haber algún conflicto de intereses[4]

1) La entidad adjudicadora (, con la aprobación de ... (el Estado promulgante designará aquí el órgano competente),) rechazará la oferta presentada por todo proveedor o contratista que ofrezca, dé o convenga en dar, directa o indirectamente, a una persona que sea o haya sido funcionario o empleado de la entidad adjudicadora o a otra autoridad pública, una gratificación de cualquier tipo, una oferta de empleo o cualquier otro objeto de utilidad o de valor a título de incentivo en relación con un acto o una decisión de la entidad adjudicadora o de un procedimiento aplicado por ella en relación con el proceso de adjudicación.

2) El rechazo de una oferta con arreglo a lo previsto en este artículo, así como sus causas, será consignado en el expediente del proceso y comunicado sin demora al proveedor o contratista[5].

---

[3] El texto de este artículo es el inicialmente acordado por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (artículo 12 *bis*, A/CN.9/640, párrs. 44 a 55), con los cambios introducidos a la luz de las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2.

[4] Basado en el artículo 15 de la Ley Modelo de 1994, con cambios introducidos a la luz de las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2 y a raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo sobre los conflictos de interés, en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párr. 116). Se ha enmendado también el título de este artículo.

[5] A la luz de las deliberaciones de su 14º período de sesiones acerca de los conflictos de intereses (A/CN.9/664, párr. 116), el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de introducir una disposición por la que se rechace toda oferta presentada en circunstancias que denoten la existencia de un conflicto de intereses. Por el contrario, el Grupo de Trabajo tal vez

Artículo 19. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato[6]

1) Salvo que sea rechazada conforme a lo previsto en la presente Ley, la entidad adjudicadora aceptará la oferta declarada ganadora[7].

2) Salvo en el caso de la contratación con un solo proveedor o contratista, la entidad adjudicadora dará pronto aviso a todos los proveedores o contratistas, que hayan participado en el proceso de adjudicación, de su decisión de aceptar la oferta ganadora. Dicho aviso deberá contener, al menos, los siguientes datos[8]:

a) El nombre y la dirección del proveedor o contratista que presentó la oferta ganadora;

b) El precio del contrato adjudicado o, caso de ser necesario, un resumen de todo otro rasgo o ventaja comparativa de la oferta ganadora, con la salvedad de que la entidad adjudicadora no deberá dar dato alguno cuya divulgación sea contraria a la ley, obstaculice la acción de la justicia, sea contraria al interés público, pueda dañar algún interés comercial legítimo del proveedor o contratista ganador o menoscabe la competencia comercial debida[9]; y

c) El plazo suspensivo previo a la entrada en vigor del contrato adjudicado durante el cual todo proveedor o contratista afectado podrá presentar recurso contra cualquier decisión de la entidad adjudicadora relativa a la determinación de la oferta ganadora (moratoria del contrato). La moratoria prevista deberá ser lo bastante larga, y no inferior a [10 a 20][10] días, para que todo proveedor o contratista afectado pueda solicitar, si procede, una reconsideración oportuna del proceso adjudicatorio, conforme a lo previsto en el capítulo VII de la presente Ley y empezará a correr a partir de la fecha de envío del aviso mencionado en el presente párrafo a todos los proveedores o contratistas que hayan participado en el proceso de adjudicación.

---

estime que no debe penalizarse a un proveedor o contratista por razón de que algún encargado de la adjudicación adolezca de un conflicto personal de intereses, pero que en dicho supuesto deberá cancelarse el proceso abierto a fin de abrir otro nuevo.

[6] Basado en el artículo 36 de la Ley Modelo de 1994, enmendada a la luz de: i) la introducción de una moratoria (véanse las deliberaciones del Grupo de Trabajo en A/CN.9/664, párrs. 45 a 55 y 72); ii) la extensión del ámbito de este artículo a todos los métodos de contratación (A/CN.9/WG.I/WP.66, párr. 57 a)); y iii) las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2 y otras revisiones del texto de la Ley Modelo. Sustituye al artículo 13 de la Ley Modelo de 1994.

[7] Basado en la primera oración del artículo 36 1) de la Ley Modelo de 1994.

[8] Este párrafo es nuevo y se ha introducido a raíz de la decisión del Grupo de Trabajo de prever una moratoria en el artículo 36 de la Ley Modelo de 1994 (A/CN.9/664, párrs. 45 a 55 y 72).

[9] Este párrafo está basado en el texto correspondiente de la Directiva 2007/66/CE de la UE de 11 de diciembre de 2007 (artículo 2 a): plazo suspensivo). Las limitaciones a la divulgación de información están basadas en limitaciones similares formuladas en varias disposiciones de la Ley Modelo de 1994 (por ejemplo, artículo 12 3) a)).

[10] Cabría alinear esa duración con lo dispuesto en los artículos [53 y 54] (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4). Véanse las notas de los artículos [53 y 54] en las que se invita a abreviar la duración de la moratoria a los 10 días previstos en la Directiva 2007/66/CE de la UE, de 11 de diciembre de 2007.

3) El párrafo 2) del presente artículo no será aplicable [a la adjudicación de contratos cuyo precio sea inferior a [...] [11] o] en casos en los que la entidad adjudicadora certifique que la urgencia de ciertas consideraciones de interés público obliga a activar el contrato adjudicado sin moratoria alguna. El certificado emitido, en el que se motivará la urgencia alegada, formará parte del expediente del proceso de adjudicación y tendrá valor probatorio concluyente en todas las etapas del recurso que se interponga conforme al capítulo VII de la presente Ley, con la salvedad del recurso interpuesto por la vía judicial[12].

4) Al expirar la moratoria, o de no ser aplicable moratoria alguna, la entidad adjudicadora enviará, tan pronto como se determine la oferta ganadora, un aviso de aceptación de la oferta ganadora al proveedor o contratista que la haya presentado, salvo que el órgano encargado de la reconsideración o el tribunal competente ordene otra cosa[13].

5) Salvo que se requiera un contrato escrito y/o la aprobación de una autoridad superior, el contrato adjudicado de conformidad con las condiciones de la oferta aceptada entrará en vigor al enviarse el aviso de aceptación[14] al proveedor o contratista interesado, siempre que el aviso haya sido expedido estando aún vigente la oferta[15].

6) Cuando el pliego de condiciones u otro documento equivalente requiera que el proveedor o contratista cuya oferta haya sido aceptada firme un contrato escrito en los términos de la oferta aceptada:

a) La entidad adjudicadora (el ministerio competente) y el proveedor o contratista firmarán el contrato dentro de un plazo razonable contado a partir del momento en que se expida, al proveedor o contratista interesado, el aviso de aceptación;

b) Salvo que el pliego de condiciones o algún documento equivalente disponga que el contrato adjudicado estará sujeto a su aprobación por una autoridad superior, dicho contrato entrará en vigor al ser firmado por el proveedor o contratista interesado y la entidad adjudicadora (el ministerio competente). Desde

---

[11] Basado en el artículo 2 b), Directiva 2007/66/CE de la UE de 11 de diciembre de 2007. Tal vez proceda considerar si debe fijarse el mismo umbral que el del artículo [20 3)] de la Ley Modelo, conforme sugiere el proyecto. Tal vez proceda también considerar las restantes excepciones a la moratoria. Por ejemplo, la Directiva de la UE permite suprimir la moratoria en casos en los que no sea obligatorio anunciar previamente el contrato (adjudicación negociada sin anuncio previo del contrato).

[12] Párrafo nuevo. Su texto refleja la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párr. 72).

[13] Párrafo nuevo, pero inspirado en el artículo 36 1) y 4) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos por razón de la moratoria prevista y de lo dispuesto en el capítulo VII, relativo a las vías de recurso, del texto revisado de la Ley Modelo.

[14] Véanse, en el texto actual de la Guía referente al artículo 36 5), las razones por las que se vinculan los efectos de los actos jurídicos previstos en este artículo al envío del aviso y no a su recepción.

[15] Párrafo basado en la primera oración del artículo 36 4) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las revisiones propuestas al texto de la Ley Modelo. La segunda oración del artículo 36 4) de la Ley Modelo de 1994 figura en el párrafo 9) de este artículo a fin de que la regla relativa a la expedición del aviso sea aplicable a todo aviso enviado por la entidad adjudicadora en el marco de este artículo, y no únicamente al aviso de aceptación.

que se expida al proveedor o contratista el aviso de aceptación y hasta que entre en vigor el contrato adjudicado, ni la entidad adjudicadora ni el proveedor o contratista adoptarán medida alguna que pueda obstaculizar la entrada en vigor del contrato adjudicado o su cumplimiento[16].

7) Cuando en el pliego de condiciones o algún documento equivalente se disponga que el contrato adjudicado tendrá que ser aprobado por una autoridad superior, este no entrará en vigor mientras no se dé esa aprobación. En el pliego de condiciones o documento equivalente se indicará el lapso de tiempo previsto, a partir de la expedición del aviso de aceptación, que será requerido para obtener la aprobación. El hecho de que la aprobación se demore más allá del plazo consignado en el pliego de condiciones o documento equivalente no dará lugar a una prórroga del plazo de validez de las ofertas señalado en el pliego de condiciones o documento equivalente, ni del plazo de validez de la garantía de la oferta exigible con arreglo al artículo [14] de la presente Ley[17].

8) Si el proveedor o contratista cuya oferta haya sido aceptada no firma la escritura del contrato adjudicado, al ser invitado a hacerlo, o si no proporciona la garantía de buena ejecución requerida, la entidad adjudicadora seleccionará, conforme a la normativa aplicable, otra de las ofertas restantes que siga siendo válida, salvo que haga uso, conforme al artículo [16 1)], de su derecho de rechazar todas las ofertas restantes. De ser declarada ganadora otra oferta, lo dispuesto en el presente artículo será aplicable al proveedor o contratista que haya presentado esa oferta[18].

9) Se considerarán expedidos los avisos previstos en el presente artículo cuando hayan sido correctamente dirigidos y transmitidos al proveedor o contratista, o hayan sido remitidos a una autoridad competente para que lo transmita al proveedor o contratista, por alguno de los medios previstos en el artículo [8] de la presente Ley[19].

10) Al entrar en vigor el contrato adjudicado y, caso de ser requerido, al presentar el proveedor o contratista una garantía del cumplimiento del contrato, se dará aviso del contrato adjudicado a los demás proveedores o contratistas, indicándose el nombre y la dirección del adjudicatario y el precio del contrato adjudicado[20].

11) Lo dispuesto en el presente artículo será aplicable, conforme proceda, a la selección de la parte o las partes en un acuerdo marco cerrado con arreglo a los artículos [...] de la presente Ley, así como a la adjudicación de contratos con arreglo

---

[16] Párrafo basado en el artículo 36 2) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las revisiones propuestas al texto de la Ley Modelo.

[17] Párrafo basado en el artículo 36 3) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las revisiones propuestas al texto de la Ley Modelo.

[18] Párrafo basado en el artículo 36 5) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las revisiones propuestas al texto de la Ley Modelo.

[19] Párrafo basado en la segunda oración del artículo 36 4) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos para reflejar las revisiones propuestas al texto de la Ley Modelo. Se colocó esta regla en párrafo aparte para hacerla aplicable a todo aviso enviado por la entidad adjudicadora con arreglo a este artículo, y no tan solo al aviso de aceptación.

[20] Párrafo basado en el artículo 36 6) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las revisiones propuestas al texto de la Ley Modelo.

a un acuerdo marco abierto o cerrado, conforme a lo previsto en los artículos [...] de la presente Ley[21].

Artículo 20. Anuncio público de los contratos adjudicados y de todo acuerdo marco concertado[22]

1) Al entrar en vigor el contrato adjudicado o al concluirse un acuerdo marco, la entidad adjudicadora publicará sin demora un aviso de la adjudicación del contrato o del acuerdo marco concluido, especificando el nombre del adjudicatario o, si se trata de un acuerdo marco, el nombre o los nombres de los proveedores o contratistas con los que se haya concertado el acuerdo marco[23].

2) El reglamento de la contratación pública podrá disponer la manera en que se habrá de publicar el aviso exigido en el párrafo 1)[24].

3) El párrafo 1) no será aplicable a los contratos adjudicados cuyo precio sea inferior a [...][25].

Artículo 21. Confidencialidad[26]

1) La entidad adjudicadora estudiará cada propuesta evitando que su contenido llegue al conocimiento de otros proveedores o contratistas concursantes.

2) Toda conversación, comunicación y negociación entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista, mantenida con arreglo a lo previsto en el capítulo IV de la presente Ley será tenida por confidencial. Salvo que lo requiera la ley o algún mandato judicial o salvo que lo permita el pliego de condiciones o algún documento equivalente, las partes en las negociaciones deberán abstenerse de revelar, sin el consentimiento de la otra parte, a otras personas pormenores técnicos, información sobre el precio o datos de otra índole concernientes a las negociaciones.

---

[21] Párrafo nuevo que está basado en el artículo 2b de la Directiva 2007/66CE de la UE, de 11 de diciembre de 2007, salvo que la directiva de la UE solo exige la moratoria para los contratos concluidos con arreglo a un acuerdo marco con segunda etapa competitiva y con arreglo a sistemas de adquisición dinámica.

[22] Basado en el artículo 14 de la Ley Modelo de 1994, enmendado a la luz de las revisiones de la Ley Modelo.

[23] Párrafo basado en el artículo 14 1), pero con la adición de un texto referido a los acuerdos marco y a la divulgación del nombre de los proveedores o contratistas (A/CN.9/WG.I/WP.66, párr. 60). Tal vez proceda insertar alguna enmienda adicional con los requisitos exigibles para un acuerdo marco, enunciándola, aquí o en el texto del acuerdo, en términos como los siguientes: "Cuando el precio del contrato adjudicado con arreglo a un acuerdo marco exceda de [el Estado promulgante indicará aquí el umbral [o] remitirá a la suma indicada en el reglamento de la contratación pública], la entidad adjudicadora publicará sin demora un aviso del contrato adjudicado. La entidad adjudicadora publicará además, de igual modo, avisos [trimestrales] de todos los contratos adjudicados con arreglo al acuerdo marco o por alguna otra vía indicada en el acuerdo marco".

[24] Reproduce el artículo 14 2).

[25] Reproduce el artículo 14 3).

[26] Este artículo es nuevo pero está basado en el artículo 45 de la Ley Modelo y en la disposición modelo 24 de las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada.

Artículo 22. Expediente del procedimiento de adjudicación[27]

1) La entidad adjudicadora llevará un expediente del proceso de adjudicación en el que conste, por lo menos, la siguiente información:

a) Una breve descripción del objeto del contrato adjudicable[28];

b) Los nombres y direcciones de los proveedores o contratistas que hayan presentado una oferta, y el nombre y la dirección del proveedor o contratista con quien se haya formalizado el contrato y el precio que figure en este[29];

c) La decisión de la entidad adjudicadora acerca de los medios de comunicación que se hayan de utilizar en la contratación[30];

d) La información relativa a las condiciones que cumplen o no cumplen los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas[31];

e) El precio, o la base para determinar el precio, y una reseña de las principales cláusulas y condiciones de cada oferta y del contrato que se esté adjudicando, si son conocidos por la entidad adjudicadora[32];

f) Una reseña de la evaluación y la comparación de las ofertas, así como de todo margen de preferencia que se aplique con arreglo al artículo [12 4)][33];

g) De haber sido rechazadas todas las ofertas con arreglo al artículo [16] de la presente Ley, una declaración motivada al respecto conforme a lo previsto en el artículo [16 1)][34];

h) Si, en un proceso de adjudicación por algún método distinto de la licitación, el proceso entablado no da lugar a la adjudicación de un contrato, una declaración motivada al respecto[35];

---

[27] Este artículo está basado en el artículo 11 de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las revisiones propuestas al texto de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo aplazó el examen del artículo 11 en su conjunto hasta después de acordadas las restantes revisiones del texto de la Ley Modelo de 1994 (A/CN.9/WG.I/WP.66, párr. 61).

[28] Basado en el artículo 11 1) a) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2.

[29] Basado en el artículo 11 1) b) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar alguna enmienda adicional de este apartado referida a los acuerdos marco.

[30] El texto de este nuevo apartado fue provisionalmente aprobado por el Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones (apartado b) *bis*, A/CN.9/595, párrs. 49 a 51).

[31] Basado en el artículo 11 1) c) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2.

[32] Basado en el artículo 11 1) d) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar alguna enmienda para este apartado referida a los acuerdos marco.

[33] Basado en el artículo 11 1) e) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2.

[34] Basado en el artículo 11 1) f) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2.

[35] Reproduce el artículo 11 1) g) de la Ley Modelo de 1994.

i) De haber sido rechazada una oferta con arreglo a lo previsto en los artículos [17 y 18], la información requerida por dichos artículos[36];

j) La declaración acerca de los motivos y circunstancias requerida por el artículo [7 9)][37];

k) En todo proceso de adjudicación en el que se recurra a una subasta electrónica inversa, los motivos y circunstancias por los que la entidad adjudicadora estimó oportuno recurrir a dicho método, así como la fecha y hora de apertura y clausura de la subasta y [todo otro dato que el Grupo de Trabajo decida agregar][38];

[l) En la contratación de servicios por algún método previsto en el capítulo IV, la declaración exigida en el párrafo 2) del artículo 41 acerca de los motivos y circunstancias por los que la entidad adjudicadora aplicó el procedimiento de selección utilizado[39]];

m) Una reseña de toda solicitud de aclaración cursada acerca de los documentos de precalificación o del pliego de condiciones u otro documento equivalente, y de las respuestas que se dieron así como una reseña de toda modificación introducida en esos documentos[40];

n) Todo otro dato que deba ser consignado en el expediente de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley[41].

2) A reserva de lo dispuesto en el artículo [32 3)], las partes del expediente mencionadas en los apartados [a) y b)] del párrafo 1) del presente artículo se pondrán a disposición de cualquier persona que lo solicite después de la aceptación de una oferta o de finalizarse el proceso de contratación sin haberse adjudicado el contrato[42].

3) A reserva de lo dispuesto en el párrafo [3)] del artículo [32], las partes del expediente mencionadas en los apartados [d) a h) y m)] del párrafo 1) del presente artículo se pondrán a disposición de los proveedores o contratistas que hayan presentado una oferta o que se hayan presentado a precalificación y que lo soliciten,

---

[36] Basado en el artículo 11 1) h) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2. Se enmendó además el texto de este apartado a la luz del nuevo artículo sobre las ofertas anormalmente bajas (artículo 17 del texto revisado de la Ley Modelo).

[37] Basado en el artículo 11 1) cuyos apartados i), k) y l) fueron fusionados a la luz del nuevo texto propuesto para el artículo 7.

[38] El texto de este nuevo apartado fue provisionalmente aprobado por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 11º y 12º (apartado i) *bis*, A/CN.9/623, párr. 100 y A/CN.9/640, párr. 91). El Grupo de Trabajo deberá decidir si procede mencionar algún otro dato en el lugar ocupado por el texto entre corchetes.

[39] Reproduce el artículo 11 1) j). Se estudiará el texto de este apartado al examinar el capítulo IV.

[40] Basado en el artículo 11 1) m) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2. "Tal vez proceda indicar los datos que hayan de quedar consignados en el expediente con arreglo a la versión revisada de la Ley Modelo".

[41] El Grupo de Trabajo tal vez desee mencionar ciertos datos concretos como los referidos a los acuerdos marco, si se decide que cabrá limitar por razones tecnológicas el número de proveedores admitidos a participar en un acuerdo marco abierto.

[42] Basado en el artículo 11 2) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos a la luz de las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2.

una vez aceptada una oferta o una vez concluido el proceso de contratación sin haberse adjudicado el contrato. Un tribunal competente podrá ordenar que se revele en una etapa anterior las partes del expediente mencionadas en los apartados [d) a f), y m)][43].

4) Salvo que lo haya ordenado un tribunal competente, y a reserva de lo dispuesto en dicha orden, la entidad adjudicadora no deberá revelar:

a) Datos cuya divulgación pudiera ser contraria a derecho, obstaculizar la acción de la justicia, ser contraria al interés público, dañar intereses comerciales legítimos de las partes o menoscabar la competencia leal;

b) Datos referentes al examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, o al precio consignado a cada oferta, que no sean los datos reseñados conforme a lo previsto en el párrafo [1) f)] del presente artículo[44].

5) La entidad adjudicadora no deberá indemnizar a los proveedores o contratistas por concepto de daños y perjuicios imputables al mero hecho de que no se llevó un expediente del proceso de adjudicación conforme a lo previsto en el presente artículo[45].

CAPÍTULO II. MÉTODO DE LA LICITACIÓN[46]

SECCIÓN I. CONVOCATORIA A LICITACIÓN

Artículo 23. Licitación nacional[47]

En una convocatoria de ámbito interno, conforme a lo previsto en el artículo [7 2) c)] de la presente Ley, no se exigirá que la entidad adjudicadora emplee los

---

[43] Basado en las dos primeras oraciones del artículo 11 3) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos en su texto y en las remisiones internas del texto, a la luz de las nuevas definiciones propuestas en el artículo 2. A raíz de las sugerencias que se hicieron en el 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/640, párr. 90), se formuló el resto del párrafo 3) en forma de un nuevo párrafo 4), renumerándose como párrafo 5) al antiguo párrafo 4). El texto así reestructurado fue presentado al Grupo de Trabajo en A/CN.9/WG.I/WP.59, que no lo examinó en detalle.

[44] Basado en la última oración del artículo 11 3) de la Ley Modelo de 1994, con cambios en las remisiones internas, y en su texto a la luz de las nuevas definiciones propuestas en el artículo 2. Véase información complementaria en la nota anterior.

[45] Reproduce el artículo 11 4) de la Ley Modelo de 1994. Tal vez proceda examinar lo dispuesto en este párrafo a la luz de las decisiones que se adopten respecto de las vías de recurso y medidas ejecutorias.

[46] El contenido del capítulo II de la Ley Modelo de 1994 fue trasladado al artículo 7 y a los artículos pertinentes de los capítulos III y IV de la versión revisada de la Ley Modelo. El capítulo II reproduce el contenido básico del capítulo III de la Ley Modelo, salvo todo cambio destinado a reflejar las revisiones de la Ley Modelo.

[47] Basado en el artículo 23 del texto de 1994 enmendado a la luz del artículo 7 2) c) de la versión revisada de la Ley Modelo. Se han actualizado las remisiones internas a la luz de las revisiones propuestas para el texto de la Ley Modelo.

procedimientos previstos en los artículos 14 1) c)[48], 24 2)[49], 25 h) e i)[50], y 27 j), k) y s)[51], de la presente Ley[52].

Artículo 24. Métodos de la convocatoria a licitación[53]

1) La entidad adjudicadora solicitará ofertas mediante la publicación de una convocatoria a licitación en ... (el Estado promulgante indicará aquí la gaceta u otra publicación oficial donde ha de aparecer la convocatoria).

2) La convocatoria a licitación será también publicada, en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional, o en una publicación comercial o revista técnica o profesional pertinente de amplia circulación internacional[54].

Artículo 25. Contenido de la convocatoria a licitación[55]

La convocatoria a licitación contendrá, por lo menos, la información siguiente:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) La índole y la cantidad, así como el lugar de la entrega, de los bienes que hayan de suministrarse, la índole y ubicación de las obras que hayan de efectuarse, o la índole de los servicios y el lugar donde hayan de prestarse, o toda otra combinación de datos que proceda[56];

c) El plazo conveniente o necesario para el suministro de los bienes o para la terminación de las obras, o el calendario para la prestación de los servicios, o toda otra combinación de datos que proceda;

d) Los criterios y procedimientos que se aplicarán para evaluar la idoneidad de los proveedores o contratistas, conforme a lo previsto en el artículo [10 1) b)];

---

[48] Corresponde a la remisión al artículo 32 1) c) que se hace en el artículo 23 de la Ley Modelo de 1994.

[49] Corresponde a la remisión al mismo artículo en el artículo 23 de la Ley Modelo de 1994.

[50] Corresponde a la remisión que se hace al artículo 25 1) h) e i) en el artículo 23 de la Ley Modelo de 1994.

[51] Corresponde a la remisión que se hace al artículo 27 j), k) y s) en el artículo 23 de la Ley Modelo de 1994.

[52] La remisión que se hace en el artículo 23 de la Ley Modelo de 1994 al artículo 25 2) c) y d) está reflejada en el artículo 15 de la versión revisada de la Ley Modelo por estar referida a la precalificación.

[53] Reproduce el artículo 24 de la Ley Modelo de 1994, salvo el texto referido a la convocatoria a precalificación, que puede verse reflejado en el artículo 15 de la versión revisada de la Ley Modelo.

[54] Conforme se observó en A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1, tal vez proceda insertar una definición de publicación "internacional" que permita simplificar el texto de este artículo y del artículo 7 7) c).

[55] Reproduce el artículo 25 de la Ley Modelo de 1994, salvo el texto referido a la convocatoria a precalificación, que puede verse reflejado en el artículo 15 de la versión revisada de la Ley Modelo. El texto de este artículo contiene otros cambios motivados por enmiendas del texto de la Ley Modelo de 1994.

[56] Se enmienda ligeramente el texto de 1994, al igual que se hace en el apartado siguiente, a fin de que no sea prescriptivo referirse a los bienes, las obras o los servicios adjudicados.

e) Una declaración, que no podrá ser modificada ulteriormente, de que el proceso de contratación estará abierto a la participación de proveedores o contratistas sin distinción alguna por razones de nacionalidad o, si procede, una declaración que limite la participación por razones de nacionalidad, conforme a lo previsto en el artículo [9 1)];

f) La forma de obtener el pliego de condiciones y el lugar donde podrá obtenerse;

g) El precio que cobre la entidad adjudicadora por el pliego de condiciones;

h) La moneda y la modalidad de pago para la obtención del pliego de condiciones;

i) El idioma o los idiomas en que podrá obtenerse el pliego de condiciones;

j) El lugar y el plazo para la presentación de las ofertas.

Artículo 26. Entrega del pliego de condiciones[57]

La entidad adjudicadora entregará el pliego de condiciones a los proveedores o contratistas de conformidad con los trámites y requisitos indicados en la convocatoria a licitación. Si ha habido precalificación, la entidad adjudicadora entregará un ejemplar del pliego de condiciones a cada proveedor o contratista que haya sido precalificado [o preseleccionado][58] y que pague el precio cobrado por dicho documento. El precio que la entidad adjudicadora podrá cobrar a los proveedores o contratistas por el pliego de condiciones no podrá exceder del costo de su impresión y distribución a los proveedores o contratistas.

Artículo 27. Contenido del pliego de condiciones[59]

El pliego de condiciones contendrá, por lo menos, la siguiente información:

a) Instrucciones para preparar las ofertas;

b) Los criterios y procedimientos que, conforme a lo dispuesto en el artículo [10], se aplicarán para evaluar la idoneidad de los proveedores o contratistas así como para volver a demostrarla de conformidad con el artículo [33 6)];

c) Los requisitos en materia de documentos probatorios y demás datos que deban presentar los contratistas o proveedores para demostrar su idoneidad;

---

[57] Reproduce el artículo 26 de la Ley Modelo de 1994 con el cambio indicado en el texto.

[58] Cambio introducido a la luz de las enmiendas propuestas al texto del artículo 15.

[59] Reproduce el artículo 27 de la Ley Modelo de 1994 con los cambios indicados en el texto y las remisiones internas actualizadas, a la luz de las revisiones propuestas al texto de la Ley Modelo.

[proyecto de nuevo apartado d) que será examinado]

d) La descripción del objeto del contrato adjudicable, conforme a lo previsto en el artículo [11][60]; la cuantía de los bienes y/o de los servicios que hayan de prestarse; el lugar donde hayan de efectuarse las obras o donde hayan de prestarse los servicios; y, si procede, el plazo conveniente requerido para la entrega de los bienes, la realización de las obras o la prestación de los servicios;

[apartado d) anterior que será suprimido]

"d) La índole y las características técnicas y de calidad que, conforme al artículo 16, deban tener los bienes, las obras o los servicios que se hayan de contratar, con indicación de, por lo menos, las especificaciones técnicas y los planos, dibujos o diseños que corresponda, la cantidad de los bienes, el lugar donde hayan de efectuarse las obras o donde hayan de prestarse los servicios y, si procede, el plazo conveniente o necesario en que hayan de entregarse los bienes, efectuarse las obras o prestarse los servicios;"

[proyecto de nuevo apartado e) que será examinado]

e) Los criterios utilizables para la evaluación conforme a lo previsto en el artículo [12][61];

[apartado e) anterior que será suprimido]

"e) Los criterios que habrá de emplear la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora, así como cualquier margen de preferencia y cualquier criterio distinto del precio que haya de emplearse con arreglo a los apartados b), c) o d) del párrafo 4) del artículo 34 y el coeficiente de ponderación relativa correspondiente a cada uno de esos criterios;"

[continuación del texto de 1994, con las enmiendas indicadas]

f) Las cláusulas y condiciones del contrato, de ser ya conocidas por la entidad adjudicadora, y el formulario de contrato que hayan de firmar las partes, de haberlo;

g) De estar permitido presentar variantes de las características del objeto del contrato adjudicable[62], de las cláusulas y condiciones del contrato o de otros requisitos fijados en el pliego de condiciones, una declaración en ese sentido y una descripción de la manera en que habrán de evaluarse y compararse las ofertas presentadas con alguna variante;

h) De estar permitido que los proveedores o contratistas presenten ofertas que correspondan únicamente a una parte del objeto del contrato adjudicable[63], una descripción de la parte o las partes individualmente adjudicables;

---

[60] Cambio introducido a la luz de la nueva definición propuesta para el artículo 2 y de las enmiendas en el artículo 11.

[61] Cambio introducido a la luz del nuevo texto propuesto para el artículo 12.

[62] Cambio introducido a la luz de la nueva definición propuesta para el artículo 2.

[63] *Ibid.*

i) La forma en que habrá de expresarse el precio de cada oferta, así como una indicación de si ese precio habrá de cubrir otros elementos distintos del costo en sí del contrato adjudicable[64], tales como gastos por concepto de transporte o de seguros, y derechos de aduana o impuestos aplicables;

j) La moneda o las monedas en que habrá de expresarse el precio de las ofertas;

k) El idioma o los idiomas en que, de conformidad con el artículo [29], habrán de presentarse las ofertas;

l) Cualquier exigencia de la entidad adjudicadora relativa al otorgante o a la índole, la forma, la cuantía y otras cláusulas y condiciones importantes de la garantía de la oferta que haya de dar todo proveedor o contratista que presente una oferta, así como relativa a toda garantía de ejecución del contrato adjudicado exigible del proveedor o contratista, ganador conforme a lo previsto en el artículo 14[65], tales como las cauciones relativas a la mano de obra o los materiales;

m) Si un proveedor o contratista no puede modificar ni retirar su oferta antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas sin perder su garantía de la oferta, una declaración en ese sentido;

n) La forma, el lugar y el plazo para la presentación de ofertas de conformidad con el artículo [30];

o) Las modalidades según las cuales los proveedores o contratistas podrán pedir, conforme a lo previsto en el artículo [28], aclaraciones respecto del pliego de condiciones, y una indicación de si la entidad adjudicadora se propone convocar, para dicho fin, una reunión de proveedores o contratistas;

p) El plazo de validez de las ofertas, de conformidad con el artículo [31];

q) El lugar, la fecha y la hora de apertura de las ofertas, de conformidad con el artículo [32];

r) Los trámites para la apertura y el examen de las ofertas;

s) La moneda que se utilizará a efectos de evaluar y comparar las ofertas de conformidad con el artículo [33 5)] y el tipo de cambio que se utilizará para la conversión a esa moneda, o una indicación de que se utilizará el tipo de cambio que publique determinada institución financiera en determinada fecha;

t) Remisiones a textos de la presente Ley, del reglamento de la contratación pública o de toda otra norma de derecho interno que sean directamente aplicables al proceso de adjudicación[66];

---

[64] *Ibid.*

[65] Cambio introducido a la luz del nuevo texto propuesto para el artículo 14.

[66] Se ha suprimido el siguiente trozo del texto de este apartado: "en la inteligencia de que la omisión de cualquiera de esas remisiones no constituirá motivo suficiente para presentar un recurso con arreglo al artículo 52 ni dará lugar a responsabilidad por parte de la entidad adjudicadora", al haberse suprimido el artículo 52 2) de la Ley Modelo de1994 en donde se enunciaban las cuestiones exentas de la vía de recurso (la remisión al artículo 27 t) se hacía en el apartado f) del párrafo suprimido) (A/CN.9/664, párr. 27).

u) El nombre, el cargo y la dirección de los funcionarios o empleados de la entidad adjudicadora que hayan sido autorizados para tener comunicación directa con los proveedores o contratistas en relación con el proceso de contratación sin intervención de un intermediario;

v) Todo compromiso que haya de asumir el proveedor o contratista al margen del contrato adjudicado, como pudiera ser en materia de comercio compensatorio o de transferencia de tecnología;

w) Una notificación del derecho de recurso previsto en el artículo [52] de la presente Ley contra todo acto o decisión ilícita de la entidad adjudicadora o contra el procedimiento seguido en el proceso de adjudicación;

x) Cuando la entidad adjudicadora se reserve el derecho a rechazar todas las ofertas de conformidad con el artículo [16], una declaración en ese sentido;

y) Toda formalidad que sea requerida, conforme a lo previsto en el artículo [19], una vez aceptada una oferta, para la validez del contrato adjudicado, inclusive, cuando corresponda, la firma de un contrato escrito, o la aprobación de una autoridad u otro órgano público superior y una estimación del tiempo que, una vez expedido el aviso de aceptación, se necesitará para obtener esa aprobación;

z) Cualquier otro requisito establecido por la entidad adjudicadora de conformidad con la presente Ley y el reglamento de la contratación pública aplicable a la preparación y presentación de ofertas y a otros aspectos del proceso de adjudicación.

Artículo 28. Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones[67]

1) Todo proveedor o contratista podrá solicitar aclaraciones de la entidad adjudicadora acerca del pliego de condiciones. La entidad adjudicadora dará respuesta a aquellas solicitudes de aclaración que reciba con antelación suficiente al término del plazo fijado para la presentación de ofertas. La entidad adjudicadora deberá responder dentro de un plazo razonable que deje margen al proveedor o contratista para presentar a tiempo su oferta, y comunicará la aclaración, sin identificar al autor de la solicitud, a todos los proveedores o contratistas a los cuales haya entregado el pliego de condiciones.

2) La entidad adjudicadora podrá, en cualquier momento antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas y por cualquier motivo, sea por iniciativa propia o en respuesta a una solicitud de aclaración, modificar el pliego de condiciones, publicando una adición, que será comunicada sin demora a todos los proveedores o contratistas a los cuales la entidad adjudicadora haya entregado el pliego de condiciones y que será obligatoria para ellos.

3) Si convoca una reunión de proveedores o contratistas, la entidad adjudicadora, levantará acta de ella en la que se consignen las solicitudes de aclaración del pliego de condiciones que se hayan formulado, sin indicar al autor, y sus respuestas. Dicha acta será proporcionada sin demora a los proveedores o contratistas a los cuales la

[67] Reproduce el artículo 28 de la Ley Modelo de 1994.

entidad adjudicadora haya entregado el pliego de condiciones a fin de que puedan tenerla en cuenta al preparar sus ofertas.

SECCIÓN II. PRESENTACIÓN DE LAS OFERTAS

Artículo 29. Idioma de las ofertas[68]

Las ofertas podrán ser formuladas y presentadas en el idioma en que se haya publicado el pliego de condiciones o en cualquier otro idioma que la entidad adjudicadora indique en el pliego de condiciones.

Artículo 30. Presentación de las ofertas[69]

1) La entidad adjudicadora fijará el lugar y una fecha y hora determinadas como plazo para la presentación de las ofertas.

2) La entidad adjudicadora que, con arreglo al artículo [28], publique una aclaración o modificación del pliego de condiciones o convoque una reunión de contratistas o proveedores, deberá, antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas, prorrogar ese plazo si ello fuere necesario para dejar a los proveedores o contratistas margen suficiente para tener en cuenta en sus ofertas toda aclaración o modificación que se haga o el acta de la reunión convocada.

3) La entidad adjudicadora podrá, a su entera discreción, prorrogar el plazo para la presentación de ofertas, antes de su vencimiento, cuando resulte imposible para uno o más de los proveedores o contratistas, por circunstancias ajenas a su voluntad, presentar sus ofertas dentro del plazo.

4) Toda prórroga del plazo deberá ser notificada sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas a los cuales la entidad adjudicadora haya entregado el pliego de condiciones.

5) a) Toda oferta deberá presentarse por escrito y firmada, y:

i) de estar consignada sobre papel, deberá presentarse en sobre sellado; o

ii) de estar consignada sobre algún otro soporte, deberá satisfacer los requisitos impuestos por la entidad adjudicadora para que la oferta así presentada goce, como mínimo, de un grado de autenticidad, seguridad, integridad y confidencialidad análogo al de las demás ofertas;

b) La entidad adjudicadora dará al proveedor o contratista un recibo en el que deberán constar la fecha y la hora de la presentación de su oferta;

c) La entidad adjudicadora deberá preservar la seguridad, la integridad y la confidencialidad de toda oferta y se encargará de que el contenido de la oferta será

---

[68] Reproduce el artículo 29 de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo tal vez desee fusionar el texto de este artículo con el nuevo texto propuesto para el artículo 13 (artículo 17 de la Ley Modelo de 1994) a fin de que esta regla sea aplicable a todas las ofertas y no a esta única.

[69] Reproduce el artículo 30 de la Ley Modelo de 1994.

únicamente examinado a raíz de su apertura conforme a lo previsto en la presente Ley[70].

6) Las ofertas que la entidad adjudicadora reciba una vez vencido el plazo para su presentación se devolverán sin abrir a los proveedores o contratistas que las hayan presentado.

Artículo 31. Plazo de validez de las ofertas: modificación o retirada de una oferta[71]

1) Las ofertas tendrán validez durante el período indicado en el pliego de condiciones.

2) a) Antes de que venza el plazo de validez de las ofertas, la entidad adjudicadora podrá solicitar a los proveedores o contratistas la aceptación de cierta prórroga de su validez. Todo proveedor o contratista podrá denegar esa prórroga sin perder por ello su garantía de la oferta y la validez de su oferta cesará al expirar el plazo de validez no prorrogado;

b) El proveedor o contratista que acepte prorrogar el plazo de validez de su oferta deberá prorrogar o negociar una prórroga del plazo de validez de su garantía de la oferta o presentar una nueva garantía de la oferta que cubra la prórroga de la validez de su oferta. Se considerará que el proveedor o contratista cuya garantía de la oferta no sea prorrogada o que no presente una garantía nueva, ha denegado la solicitud de prórroga de la validez de su oferta.

3) A menos que en el pliego de condiciones se estipule otra cosa, el proveedor o contratista podrá modificar o retirar su oferta antes de que venza el plazo para presentarla sin perder por ello su garantía de la oferta. La modificación o el aviso de retirada de la oferta serán válidos siempre que la entidad adjudicadora los reciba antes de que venza el plazo fijado para la presentación de ofertas.

[Se ha trasladado el contenido del artículo 32 relativo a la garantía de la oferta para colocarlo en el artículo 14 del capítulo I relativo a las disposiciones generales, a fin de hacerlo aplicable a todos los métodos de contratación][72]

---

[70] El texto del párrafo 5) de este artículo fue provisionalmente aprobado por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párr. 28).

[71] Reproduce el artículo 31 de la Ley Modelo de 1994, con un cambio terminológico efectuado en la versión inglesa a la luz de la nueva definición dada en el artículo 2 e).

[72] Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párr. 57 c).

SECCIÓN III. EVALUACIÓN Y COMPARACIÓN DE LAS OFERTAS

Artículo 32. Apertura de las ofertas[73]

1) Las ofertas se abrirán en la fecha y la hora indicadas en el pliego de condiciones como plazo para la presentación de ofertas, o al expirar cualquier prórroga de ese plazo, en el lugar y con las formalidades que se indiquen en el pliego de condiciones.

2) La entidad adjudicadora autorizará a todo proveedor o contratista que haya presentado una oferta a asistir al acto de apertura o a hacerse representar en él. Se estimará que todo proveedor o contratista que haya sido plena y oportunamente informado del acto de apertura está autorizado para asistir a ella[74].

3) El nombre y la dirección de cada proveedor o contratista cuya oferta sea abierta y el precio de esa oferta serán anunciados a los presentes en el acto de apertura y, previa solicitud, comunicados a todo proveedor o contratista que haya presentado una oferta y no esté presente ni representado en el acto de apertura, y deberán ser anotados de inmediato en el expediente del proceso de licitación exigido en el artículo [22].

Artículo 33. Examen, evaluación y comparación de las ofertas[75]

1) a) Con miras a facilitar su examen, evaluación y comparación de las ofertas, la entidad adjudicadora podrá pedir a todo proveedor o contratista que aclare la suya[76]. No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de una oferta presentada, particularmente si dicha modificación afecta al precio de la oferta o tiende a hacer conforme una oferta que no lo sea;

b) No obstante lo dispuesto en el apartado a) del presente párrafo, la entidad adjudicadora corregirá todo error meramente aritmético que se descubra durante el examen de las ofertas. La entidad adjudicadora notificará prontamente la corrección al proveedor o contratista que haya presentado la oferta.

2) a) A reserva de lo dispuesto en el apartado b) del presente párrafo, la entidad adjudicadora únicamente podrá considerar conformes las ofertas que cumplan todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones[77];

b) La entidad adjudicadora podrá considerar conforme una oferta aun cuando se aparte ligeramente, pero sin alterarla, de las características, cláusulas,

---

[73] Reproduce el artículo 33 de la Ley Modelo de 1994, salvo indicación en contrario y la actualización que se hace de las remisiones internas del texto.

[74] El texto del párrafo 2) fue provisionalmente aprobado por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párr. 38).

[75] Reproduce el artículo 34 de la Ley Modelo de 1994, salvo indicación en contrario en su texto y salvo toda actualización requerida de las remisiones internas del articulado.

[76] El texto anterior decía “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”.

[77] Cambio formal no aplicable a la versión española.

condiciones y demás requisitos enunciados en el pliego de condiciones o aun cuando adolezca de errores u omisiones que se puedan corregir sin alterar el fondo de la oferta. Todo desvío de esa índole será cuantificado, en la medida de lo posible, y debidamente ponderado al evaluar y comparar las ofertas.

3) La entidad adjudicadora deberá rechazar[78] una oferta:

a) Cuando el proveedor o contratista que la haya presentado resulte no ser idóneo;

b) Cuando el proveedor o contratista que la haya presentado no acepte la corrección de un error de cálculo efectuada conforme a lo previsto en el apartado b) del párrafo 1) del presente artículo;

c) Cuando la oferta no sea conforme[79];

d) En las circunstancias mencionadas en los artículos [17 y 18][80].

4) a) La entidad adjudicadora evaluará y comparará las ofertas que no hayan sido rechazadas[81] a fin de determinar la oferta ganadora, con arreglo al apartado b) del presente párrafo, según los procedimientos y criterios enunciados en el pliego de condiciones. No se aplicará criterio alguno que no esté enunciado en el pliego de condiciones;

b) La oferta ganadora será:

i) aquella cuyo precio sea más bajo, a reserva de cualquier margen de preferencia que sea aplicable de conformidad con el artículo [12]; o

ii) previa estipulación en el pliego de condiciones, aquella que sea calificada de más económica en función de los criterios enunciados en el pliego de condiciones conforme a lo previsto en el artículo [12][82].

[se suprimieron los apartados c) y d) a la luz del nuevo artículo 12 propuesto]

5) A los efectos de la evaluación y comparación de las ofertas, los precios que estén expresados en dos o más monedas se deberán convertir a una misma moneda de acuerdo con el tipo de cambio indicado en el pliego de condiciones conforme a lo previsto en el artículo [27 s)].

6) La entidad adjudicadora, haya habido o no precalificación conforme al artículo [15], podrá exigir al proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora con arreglo al apartado b) del párrafo 4) del presente artículo que vuelva a demostrar su idoneidad mediante criterios y procedimientos que se ajusten a lo dispuesto en el artículo [10]. Los criterios y procedimientos que se utilicen deberán

---

[78] Se ha sustituido “no aceptará” por “deberá rechazar”, al valerse la Ley Modelo del término “aceptar” para la aceptación de la oferta ganadora a la que se adjudicará el contrato conforme a lo previsto en el artículo 19 de la versión revisada de la Ley Modelo (artículo 36 de la Ley Modelo de 1994).

[79] El Grupo de Trabajo tal vez desee hacer también remisión al artículo 11 propuesto.

[80] La versión anterior remitía únicamente al artículo 15 relativo a los incentivos. Ahora se remite también al artículo 17 de la versión revisada, relativo a la oferta anormalmente baja.

[81] Se ha sustituido “ofertas aceptadas” por “ofertas que no hayan sido rechazadas”. Véase nota 78.

[82] Se enmendó el apartado b) a la luz del nuevo artículo 12 propuesto.

estar enunciados en el pliego de condiciones. Si ha habido precalificación, los criterios que se utilicen deberán ser los mismos que se hayan aplicado en ella.

7) Cuando se pida con arreglo al párrafo precedente al proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora que vuelva a demostrar su idoneidad con arreglo al párrafo 6) del presente artículo, y este no lo haga, la entidad adjudicadora rechazará esa oferta y seleccionará otra, de conformidad con el párrafo 4) del presente artículo, entre las ofertas restantes a reserva del derecho que le cabe, con arreglo al artículo [16 1)], de rechazarlas todas.

8) A reserva de lo dispuesto en los artículos [19 y 22][83], 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 o en la determinación de la oferta ganadora.

Artículo 34. Prohibición de negociaciones con los proveedores o contratistas[84]

La entidad adjudicadora no celebrará negociación alguna con ningún proveedor o contratista respecto de la oferta que haya presentado.

---

[83] En este párrafo de la Ley Modelo de 1994 solo se hacía remisión al artículo 11 relativo al expediente del proceso de contratación. En la versión revisada se hace además remisión al artículo 19 a la luz del nuevo texto propuesto para el artículo 19.

[84] Reproduce el texto del artículo 35 de la Ley Modelo de 1994.

A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.3 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 15º período de sesiones

ADICIÓN

En esta nota se recogen los capítulos III (Condiciones y procedimientos para la licitación restringida, la licitación con dos sobres y la solicitud de cotizaciones), IV (Condiciones y procedimientos para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas y la negociación competitiva) y V (Condiciones y procedimientos para la utilización de la subasta electrónica inversa) de un texto revisado de la Ley Modelo.

Por los motivos que se explican en el párrafo 70 del documento A/CN.9/WG.I/WP.66, quizá el Grupo de Trabajo desee considerar si debe proceder en esta etapa al examen del capítulo IV.

La Secretaría incluye sus observaciones en las notas a pie de página.

CAPÍTULO III. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA LICITACIÓN RESTRINGIDA, LA LICITACIÓN CON DOS SOBRES Y LA SOLICITUD DE COTIZACIONES

Artículo 35. Licitación restringida

VARIANTE 1[1]

1) La entidad adjudicadora podrá (, con la aprobación de ... (el Estado promulgante designará el órgano competente),) cuando sea necesario por razones de economía y eficiencia, recurrir a la contratación mediante el procedimiento de licitación restringida de conformidad con el presente artículo, si:

a) El objeto del contrato adjudicable, en razón de su gran complejidad o su carácter especializado, solo puede 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 del objeto del contrato adjudicable.

---

[1] Basada en la fusión de los artículos 20 y 47, habiéndose introducido los cambios correspondientes a los proyectos de nuevas definiciones del artículo 2, actualizaciones de las referencias y los demás cambios que se indican. El párrafo 1) se basa en el artículo 20 de la Ley Modelo de 1994. Los párrafos 2) a 4) se basan en el artículo 47 de dicha Ley.

2) a) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida por los motivos mencionados en el apartado a) del presente artículo, solicitará ofertas de todos los proveedores y contratistas de los que pueda obtenerse el objeto del contrato adjudicable;

b) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida por los motivos mencionados en el apartado b) del presente artículo, escogerá a los proveedores o contratistas de los que se solicitarán ofertas de manera no discriminatoria y en número suficiente para garantizar una efectiva competencia.

3) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida, hará que se publique un aviso del proceso de licitación restringida en ... (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial en la que se haya de publicar el aviso). El anuncio no conferirá derecho alguno a los proveedores o contratistas, ni siquiera el derecho a que su propuesta sea evaluada[2].

4) Lo dispuesto en el capítulo II de la presente Ley, con la excepción del artículo [24], será aplicable al proceso de licitación restringida salvo que se disponga otra cosa en el presente artículo.

VARIANTE 2[3]

1) La entidad adjudicadora podrá (, con la aprobación de ... (el Estado promulgante designará el órgano competente),) cuando sea necesario por razones de economía y eficiencia, recurrir a la contratación mediante el procedimiento de licitación restringida de conformidad con el presente artículo, cuando el tiempo y los gastos que requiera el examen y la evaluación de un gran número de ofertas sea desproporcionado con respecto al valor de objeto del contrato adjudicable.

2) La entidad adjudicadora seleccionará a los proveedores o contratistas de los que se solicitarán ofertas de manera no discriminatoria y en número suficiente para garantizar una efectiva competencia.

3) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida, hará que se publique un aviso del proceso de licitación restringida en ... (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial en la que se haya de publicar el aviso). El anuncio no conferirá derecho alguno a los proveedores o contratistas, ni siquiera el derecho a que su propuesta sea evaluada.

4) Lo dispuesto en el capítulo II de la presente Ley, con la excepción del artículo [24], será aplicable al proceso de licitación restringida salvo que se disponga otra cosa en el presente artículo.

---

[2] La segunda oración fue añadida para reflejar las consideraciones recogidas en el párrafo 39 del documento A/CN.9/WG.I/WP.66. Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar el efecto de esta disposición en conjunción con los artículos revisados del capítulo VII de la Ley Modelo revisada referentes a las vías de recurso y las medidas ejecutorias.

[3] En los párrafos 38 a 40 del documento A/CN.9/WG.I/WP.66 se exponen los motivos de la propuesta de esta variante 2.

[Artículo 36. [Licitación con dos sobres][4]

1) La entidad adjudicadora podrá (, con la aprobación de … (el Estado promulgante designará el órgano competente),) hacer una licitación con dos sobres de conformidad con las disposiciones del presente artículo con objeto de recibir propuestas de diversas posibilidades de atender a sus necesidades y obtener la solución más satisfactoria[5].

2) La entidad adjudicadora podrá solicitar propuestas mediante una convocatoria abierta o, en los casos detallados en [el párrafo 1) del artículo 35], mediante convocatoria directa[6].

3) En caso de que la convocatoria sea abierta, las disposiciones del capítulo II de la presente Ley, salvo [los párrafos 2) y 3) del artículo 32,] serán aplicables a los procedimientos a que hace referencia el presente artículo salvo que en él se disponga otra cosa[7].

4) En caso de convocatoria directa, las disposiciones del capítulo II de la presente Ley, salvo los artículos [24 y 32], y las disposiciones de [los párrafos 2) y 3) del artículo 35] serán aplicables a los procedimientos a que hace referencia el presente artículo salvo que en él se disponga otra cosa[8].

5) La entidad adjudicadora establecerá un nivel mínimo de requisitos de calidad y técnica de las propuestas de conformidad con los criterios de valoración distintos del precio que se hayan indicado en los pliegos de condiciones en aplicación del artículo 12 de la presente Ley, y puntuará cada propuesta de acuerdo con esos criterios y con la ponderación relativa y la manera de aplicar cada criterio que establezca el pliego de condiciones. La entidad adjudicadora comparará a continuación los precios de las propuestas que estén por encima del nivel mínimo establecido[9].

6) Podrá entonces ser declarada ganadora:

---

[4] El título propuesto para este proyecto de artículo es nuevo y refleja el proceso de evaluación en dos etapas. Sin embargo, su texto está en gran parte basado en el artículo 42 y demás disposiciones pertinentes del capítulo IV de la Ley Modelo de 1994, es decir, procedimiento de solicitud de propuestas sin negociación para contratar servicios. Se invita al Grupo de Trabajo a que considere en qué medida se diferencia este método de contratación de una licitación (si se inicia con un anuncio público) o una licitación restringida (si se inicia sin tal anuncio), aparte de que los criterios de valoración pueden incluir la idoneidad de los proveedores de servicios según establece el párrafo 1) del artículo 39 del texto de 1994. El artículo 42 de la Ley Modelo de 1994 obliga a la entidad adjudicadora a fijar un nivel mínimo de calidad y técnica, proceso que consiste básicamente en establecer los criterios de evaluación de la conformidad (incluido el precio), y luego comparar las ofertas, y que quizá el Grupo de Trabajo considere equivalente al proceso de evaluación y comparación de ofertas que prevé el artículo 36 de la Ley Modelo de 1994. Por consiguiente, quizá el Grupo de Trabajo desee considerar si este procedimiento es necesario salvo para la contratación de servicios y, en caso positivo, si puede integrarse en otros métodos de contratación pública la necesidad de establecer unos criterios de evaluación como los anteriormente descritos.

[5] Basado en el inciso i) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 19 de la Ley Modelo de 1994.

[6] Basado en las disposiciones del artículo 37 de la Ley Modelo de 1994.

[7] Basado en el sentido del capítulo IV de la Ley Modelo de 1994.

[8] *Ibid*.

[9] Basado en el párrafo 1) del artículo 42 de la Ley Modelo de 1994.

a) La propuesta cuyo precio sea más bajo; o

b) La propuesta que tenga la mejor puntuación combinada en función de los criterios distintos del precio mencionados en el párrafo 5) del presente artículo y en función del precio[10].]

Artículo 37. Solicitud de cotizaciones[11]

1) La entidad adjudicadora podrá (, con la aprobación de … (el Estado promulgante designará el órgano competente),) iniciar un proceso de contratación mediante una solicitud de cotizaciones realizada de conformidad con el presente artículo, cuando se trate de [objetos/bienes o servicios] de disponibilidad inmediata que no sean fabricados o prestados por encargo [siguiendo las especificaciones o requisitos] de la entidad adjudicadora y que tengan un mercado establecido, con tal de que el valor estimado del contrato adjudicable sea inferior al fijado en la reglamentación de la contratación pública[12].

2) La entidad adjudicadora no dividirá el objeto de la contratación en contratos separados a fin de poder hacer valer el párrafo 1) del presente artículo.

3) La entidad adjudicadora solicitará cotizaciones del mayor número de proveedores o contratistas pero, si es posible, de un mínimo de tres. Se indicará al proveedor o contratista invitado a dar cotizaciones si el precio ha de incluir elementos distintos del costo de los propios [objetos/bienes o servicios], tales como cualesquiera gastos de transporte y de seguro, derechos de aduana e impuestos que sean aplicables.

4) Cada proveedor o contratista presentará una sola cotización y no podrá modificarla. La entidad adjudicadora no entablará negociación alguna con un proveedor o contratista respecto de la cotización que haya presentado.

5) El contrato será adjudicado al proveedor o contratista que presente la cotización más baja que satisfaga las necesidades de la entidad adjudicadora[13].

---

[10] Basado en el párrafo 2) del artículo 42 de la Ley Modelo de 1994.

[11] Basado en los artículos 21 y 50 de la Ley Modelo de 1994 con los cambios que se indican.

[12] Los términos que figuran entre corchetes constituyen una modificación del texto de 1994 con el fin de permitir cualquier tipo de contrato público normalizado o común cuyo contenido no esté definido por medio de especificaciones o requisitos técnicos.

[13] Se ha introducido un cambio que deriva del proyecto de nuevo artículo 19 y la nueva definición propuesta de “oferta ganadora” del artículo 2. El objetivo del cambio es normalizar las disposiciones de la Ley Modelo sobre las ofertas ganadoras, su aceptación por la entidad adjudicadora, un plazo suspensivo y la entrada en vigor del contrato adjudicado. El texto de 1994 de la Ley Modelo no es conforme con estas consideraciones.

[CAPÍTULO IV. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA LICITACIÓN EN DOS ETAPAS, LA SOLICITUD DE PROPUESTAS Y LA NEGOCIACIÓN COMPETITIVA [Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar si examina este capítulo en esta etapa de su revisión de la Ley Modelo][14]

Artículo 38. Condiciones para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o la negociación competitiva[15]

1) La entidad adjudicadora podrá (, con la aprobación de ... (el Estado promulgante designará el órgano competente),) hacer una licitación en dos etapas, una solicitud de propuestas o una negociación competitiva en las circunstancias siguientes:

a) Cuando la entidad adjudicadora no esté en condiciones de formular especificaciones detalladas del objeto del contrato adjudicable, o de identificar sus características de conformidad con el artículo [11] y, con miras a llegar a la solución que mejor atienda a sus necesidades:

i) Solicite ofertas o propuestas acerca de diversas posibilidades de atender a esas necesidades; y[16]

ii) Considere necesario, en razón de la índole técnica o la naturaleza del objeto del contrato adjudicable, negociar con los proveedores o contratistas;

b) Cuando la entidad adjudicadora desee firmar un contrato para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, salvo que en el contrato se haya previsto la producción de bienes en cantidad suficiente para asegurar su viabilidad comercial o para amortizar los gastos de investigación y desarrollo;

[proyecto de nuevo apartado c)][17]

c) Cuando la contratación tenga relación con la defensa o la seguridad nacionales, si la entidad adjudicadora determina que el método seleccionado es el más apropiado para la contratación; o

---

[14] Quizá el Grupo de Trabajo desee armonizar las disposiciones de este capítulo con las de los instrumentos sobre PIFP. Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrs. 21, 22 y 70. En consecuencia, quizá el Grupo de Trabajo desee aplazar su consideración de las revisiones propuestas hasta que se haya considerado y encarrilado ese proceso.

[15] Basado en el artículo 19 de la Ley Modelo de 1994, habiéndose introducido los cambios derivados de la revisión propuesta de la Ley Modelo y suprimido las definiciones de “bienes, obras o servicios”.

[16] Se ha sustituido “o” por “y”.

[17] Teniendo en cuenta la propuesta de ampliación del ámbito del artículo 1. Sin embargo, el Grupo de Trabajo puede considerar que esta formulación sirve de fundamento para utilizar estos métodos de contratación pública más allá de lo previsto en el proyecto de artículo 7 y que, por consiguiente, o bien se revisa el artículo 7 para armonizarlo con esta formulación o se enmienda o suprime este proyecto de apartado.

[antiguo apartado c) a suprimir]

"c) Cuando la entidad adjudicadora haya de aplicar la presente Ley, de conformidad con el párrafo 3) del artículo 1, a un contrato que revista interés para la defensa o la seguridad nacionales y decida que el método seleccionado es el más apropiado para la contratación; o"

[antiguo apartado d) a mantener]

d) Cuando, habiéndose publicado una convocatoria a licitación, no se hayan presentado ofertas o la entidad adjudicadora haya rechazado todas de conformidad con los artículos [16 a 18 o el párrafo 3) del artículo 33] y no sea probable, a juicio de esta, que una nueva convocatoria a licitación permita adjudicar un contrato.

[proyecto de nuevo párrafo 2)][18]

2) La entidad adjudicadora podrá también (, con la aprobación de … (el Estado promulgante designará el órgano competente),) entablar una negociación competitiva cuando la necesidad del objeto del contrato adjudicable sea tan urgente que resulte inviable entablar un proceso de licitación o utilizar otros métodos de contratación debido al tiempo que se necesita para ello, siempre que las circunstancias que hayan dado lugar a la urgencia se deban a un acontecimiento catastrófico o no sean previsibles ni obedezcan a una conducta dilatoria de su parte.

[antiguo párrafo 2) a suprimir]

"2) La entidad adjudicadora podrá también (, con la aprobación de ... (el Estado promulgante designará el órgano competente),) entablar una negociación competitiva cuando:

a) La necesidad de los bienes, las obras o los servicios sea tan urgente que resulte inviable entablar un proceso de licitación, siempre que las circunstancias que hayan dado lugar a la urgencia no sean previsibles para la entidad adjudicadora ni obedezcan a una conducta dilatoria de su parte; o

b) Debido a una situación de catástrofe, la necesidad de los bienes, las obras o los servicios sea tan urgente que resulte inviable recurrir a otro método de contratación a causa del tiempo que ello requeriría."

Artículo 39. Licitación en dos etapas[19]

1) Las disposiciones del capítulo II de la presente Ley serán aplicables a la licitación en dos etapas salvo que se disponga otra cosa en el presente artículo.

2) En el pliego de condiciones se invitará a los proveedores o contratistas a que presenten, en la primera etapa del procedimiento, sus ofertas iniciales, en las que figurarán sus propuestas pero no el precio. En el pliego de condiciones se podrá solicitar propuestas relativas a las características técnicas, de calidad o de otra índole del objeto del contrato adjudicable, así como una indicación de las cláusulas

---

[18] Véase A/CN.9/WG.I/WP.66, párrafos 42 y 43.

[19] Se basa en el artículo 46 de la Ley Modelo de 1994.

y condiciones del contrato y, cuando corresponda, de la competencia y las calificaciones profesionales y técnicas de los proveedores y contratistas.

3) La entidad adjudicadora podrá, en la primera etapa, entablar negociaciones sobre cualquier aspecto de la oferta con cualquiera de los proveedores o contratistas cuya oferta no haya sido rechazada con arreglo a los artículos [16 a 18 o el párrafo 3) del artículo 33].

4) En la segunda etapa, la entidad adjudicadora invitará a los proveedores o contratistas cuya oferta no haya sido rechazada a que presenten una oferta definitiva, con su precio, respecto de un conjunto único de descripciones del objeto del contrato adjudicable[20]. Al formular esas descripciones[21], la entidad adjudicadora podrá suprimir o modificar cualquier aspecto inicialmente enunciado en el pliego de condiciones de las características técnicas o de calidad del objeto del contrato adjudicable, así como cualquier criterio en él enunciado para la evaluación y comparación de las ofertas y para la determinación de la oferta ganadora y podrá enunciar nuevas características o criterios que sean conformes con la presente Ley. Las supresiones, modificaciones o adiciones serán comunicadas a los proveedores o contratistas en la invitación a presentar la oferta definitiva. El proveedor o contratista que no desee presentar una oferta definitiva podrá retirarse del proceso de licitación sin perder la garantía de la oferta que haya tenido que depositar. Las ofertas definitivas serán evaluadas y comparadas a fin de determinar la oferta ganadora conforme [al apartado b) del párrafo 4) del artículo 33].

Artículo 40. Solicitud de propuestas[22]

1) La entidad adjudicadora solicitará propuestas del mayor número de proveedores o contratistas pero, de ser posible, de un mínimo de tres[23].

2) La entidad adjudicadora publicará en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación profesional o revista técnica sobre la materia de gran difusión internacional un anuncio a quienes tengan interés en presentar propuestas, salvo que por razones de economía o eficiencia no considere conveniente hacerlo; ese anuncio no conferirá derecho alguno a los proveedores o contratistas, ni siquiera el derecho a que su propuesta sea evaluada[24].

---

[20] El término “especificaciones” ha sido sustituido por la frase “descripciones del objeto del contrato adjudicable” teniendo en cuenta la nueva definición propuesta del artículo 2.

[21] *Ibid*.

[22] Pendiente de examen y basado en los artículos 43, 44 y 48 de la Ley Modelo de 1994, y armonizado con las disposiciones pertinentes de los instrumentos sobre PIFP.

[23] Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar la yuxtaposición entre este y el siguiente artículo y si debe revisarse el orden de estos y, además, teniendo en cuenta la observación académica de que quizá sea necesario un mínimo de cinco participantes para garantizar una competencia efectiva, si la referencia a tres participantes es suficiente.

[24] Se invita al Grupo de Trabajo a que considere el efecto de la última cláusula teniendo en cuenta la supresión de las excepciones a las vías de recurso. Una de las excepciones, la prevista en el apartado e) del párrafo 2) del artículo 52 de la Ley Modelo de 1994, es la que se refiere a la negativa de la entidad adjudicadora a responder a una manifestación de interés por participar en un proceso de solicitud de propuestas de conformidad con el párrafo 2) del artículo 48. La intención de los redactores de la Ley Modelo de 1994 era excluir esta situación de las vías de

3) La entidad adjudicadora establecerá los criterios que habrán de tenerse en cuenta para evaluar las propuestas y determinará la ponderación relativa que se asignará a cada uno y la manera en que serán aplicados. Estos criterios se referirán a:

a) La competencia relativa, tanto técnica como de gestión, del proveedor o contratista;

b) Si la propuesta presentada por el proveedor o contratista sirve para atender las necesidades de la entidad adjudicadora; y

c) El precio indicado por el proveedor o contratista en la propuesta y el costo del funcionamiento, el mantenimiento y la reparación de los bienes o las obras objeto de la propuesta[25].

4) La solicitud de propuestas contendrá, por lo menos, los siguientes datos[26]:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) Una descripción de la necesidad a que obedece la solicitud, con inclusión de los parámetros técnicos y de otra índole a que habrá de ajustarse la propuesta, así como, en el caso de las obras, el lugar de estas y, en el caso de los servicios, el lugar donde hayan de prestarse[27];

c) Los criterios que se han de tener en cuenta para evaluar la propuesta, de ser posible expresados en dinero, la ponderación relativa que se asignará a cada uno y la manera en que serán aplicados[28]; y

d) La estructura y cualesquiera otras instrucciones, incluidos plazos, que se refieran a la propuesta.

5) Las modificaciones o aclaraciones de la solicitud de propuestas, incluida la modificación de los criterios para evaluarlas a que se hace referencia en el párrafo 3) del presente artículo, serán comunicadas a todos los proveedores o contratistas concurrentes.

6) La entidad adjudicadora procederá de manera tal que no se revele el contenido de las propuestas a los proveedores o contratistas concurrentes[29].

7) La entidad adjudicadora podrá entablar negociaciones con los proveedores o contratistas respecto de sus propuestas y podrá pedir o autorizar que las revisen, con tal de que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Las negociaciones entre la entidad adjudicadora y cada proveedor o contratista tendrán carácter confidencial[30];

---

recurso y exigencia de responsabilidades a la entidad adjudicadora. Cabe hacer unas observaciones similares con respecto al párrafo 3) del nuevo artículo 35.

[25] A suprimir, habida cuenta del nuevo artículo 12 propuesto.

[26] En otras disposiciones de la Ley Modelo de 1994 se establecen normas sobre el contenido de la solicitud o documentos análogos antes de abordar los criterios para la evaluación de las propuestas (véanse, por ejemplo, los artículos 38 y 39 de la Ley Modelo de 1994). Sin embargo, esta observación queda vacía de contenido si se suprime el párrafo 3).

[27] Pendiente de modificación para tener en cuenta el nuevo artículo 11 propuesto.

[28] Pendiente de modificación para tener en cuenta el nuevo artículo 12 propuesto.

[29] A suprimir, habida cuenta del nuevo artículo 21 propuesto.

[30] *Ibid.*

b) Con sujeción a lo dispuesto en el artículo [22][31], ninguna de las partes en las negociaciones ha de revelar a nadie, sin el consentimiento de la otra parte, datos técnicos, de precios u otros relacionados con el mercado que tengan conexión con las negociaciones[32];

c) Se dará oportunidad de participar en las negociaciones a todos los proveedores o contratistas que presentaron propuestas que no hayan sido rechazadas.

8) Una vez finalizadas las negociaciones, la entidad adjudicadora invitará a los proveedores o contratistas que sigan participando en el proceso de contratación a que presenten para una fecha determinada su mejor oferta definitiva respecto de cada elemento de su propuesta.

9) La entidad adjudicadora aplicará el siguiente procedimiento para la evaluación de las propuestas:

a) Solo se tendrán en cuenta los criterios enumerados en el párrafo 3) del presente artículo en la forma indicada en la solicitud de propuestas[33];

b) La eficacia de la propuesta para atender las necesidades de la entidad adjudicadora se evaluará por separado del precio;

c) La entidad adjudicadora no considerará el precio de una propuesta hasta haber completado su evaluación técnica.

10) El contrato será adjudicado al proveedor o contratista cuya propuesta atienda mejor las necesidades de la entidad adjudicadora, lo cual será determinado sobre la base de los criterios para evaluar las propuestas enunciados en la solicitud, así como de su ponderación relativa y la forma de aplicarlos, también enunciadas en la solicitud[34].

Artículo 41. Negociación competitiva[35]

1) Cuando la adjudicación se haya de hacer mediante negociación competitiva, la entidad adjudicadora entablará negociaciones con un número suficiente de proveedores o contratistas para asegurar una competencia efectiva.

2) Los requisitos, las directrices, los documentos, las aclaraciones u otros datos relativos a las negociaciones que la entidad adjudicadora comunique a un proveedor o contratista serán comunicados igualmente a los demás proveedores o contratistas que estén negociando con la entidad adjudicadora.

3) Las negociaciones entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista tendrán carácter confidencial y, a reserva de lo dispuesto en el artículo [22], ninguna de las partes en ellas revelará a nadie, sin el consentimiento de la otra, datos

---

[31] Se trata de una referencia al artículo que exige que se lleve un expediente del proceso de contratación.

[32] *Ibid*.

[33] Pendiente de revisión a la vista del nuevo artículo 12 propuesto y cómo deberán aplicarse sus disposiciones cuando se trate de una contratación negociada.

[34] Pendiente de revisión a la vista del nuevo artículo 19 propuesto.

[35] Se basa en el artículo 49 de la Ley Modelo de 1994.

técnicos, de precios u otros relacionados con el mercado que tengan conexión con las negociaciones[36].

4) Una vez completadas las negociaciones, la entidad adjudicadora invitará a los proveedores o contratistas que sigan participando a que presenten en una fecha determinada su mejor oferta definitiva respecto de cada elemento de su propuesta. La entidad adjudicadora elegirá la oferta ganadora sobre la base de esas mejores ofertas definitivas[37].]

CAPÍTULO V. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LA SUBASTA ELECTRÓNICA INVERSA

Artículo 42. Condiciones para la utilización de la subasta electrónica inversa[38]

1) Una entidad adjudicadora podrá entablar un procedimiento de contratación pública recurriendo a una subasta electrónica inversa, o podrá utilizar la subasta electrónica inversa para determinar cuál es la oferta ganadora si se recurre a otros métodos de contratación, según proceda, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

a) Cuando sea posible para la entidad adjudicadora formular descripciones detalladas y precisas[39] de [los bienes, las obras o los servicios/el objeto del contrato adjudicable][40];

---

[36] A suprimir, habida cuenta del nuevo artículo 21 propuesto.

[37] Debe añadirse la definición de la oferta ganadora a efectos de la propuesta de enmienda del artículo 19 y la propuesta pertinente de nueva definición del artículo 2. Véase también la nota 33 *supra*.

[38] Este artículo fue modificado en el 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/640, párrs. 56 y 57, y A/CN.9/WG.I/WP.59, párr. 3). Se han introducido algunos cambios menores derivados de las revisiones de la Ley Modelo propuestas.

[39] El término “descripciones” sustituye al término “especificaciones” debido a la nueva definición propuesta en los artículos 2 y 11.

[40] Habida cuenta de la supresión propuesta de la definición de “bienes, obras o servicios”, quizá el Grupo de Trabajo desee referirse al “objeto del contrato adjudicable”, teniendo en cuenta que la subasta electrónica inversa podría ser utilizable de este modo en todos los tipos de contratación pública, incluida la contratación de obras y servicios. En la Guía para la incorporación al derecho interno se examinarán los tipos de contratación pública en los que sería aconsejable o conveniente realizar subastas, y a la inversa. El proyecto de texto que tuvo ante sí el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.55, párr. 8) indica que algunos Estados promulgantes podrían querer excluir la contratación pública de obras y servicios. En la Guía se observa también que las subastas son especialmente aconsejables cuando se trata de una contratación normalizada en la que pueden incluirse unos factores cualitativos más sencillos en la fórmula matemática y los proveedores pueden revisarlos durante la subasta de forma realista, y también se indica que pueden establecerse unas directivas más amplias para la contratación pública mediante subasta de objetos más complejos. Quizá el Grupo de Trabajo desee incluir orientaciones para ayudar a los Estados promulgantes a interpretar esta disposición, que efectivamente excluye que se utilicen las subastas en otros métodos alternativos de contratación pública, como las solicitudes de propuestas o la licitación en dos etapas, y regular la

b) Cuando exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas que se prevea estarán cualificados para participar en la subasta electrónica inversa, de modo que se garantice una competencia efectiva; y

c) Cuando los criterios que vaya a utilizar la entidad adjudicadora para determinar cuál es la oferta ganadora sean cuantificables y puedan expresarse en términos monetarios[41].

2) La subasta electrónica inversa se basará:

a) Cuando el contrato público se adjudique a la oferta que comporte el precio más bajo, en los precios; o

b) Cuando el contrato público se adjudique a la oferta cuya evaluación resulte ser la más baja, en el precio y en los demás criterios que utilice la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora, que se habrán fijado de conformidad con el artículo [12] y se habrán dado a conocer en el anuncio de la subasta electrónica inversa.

3) Cuando el contrato público se adjudique a la oferta cuya evaluación resulte ser la más baja, la subasta electrónica inversa irá precedida por una evaluación completa de la conformidad y por una evaluación[42] de las ofertas iniciales de conformidad con los criterios que habrá de utilizar la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora y el peso relativo de tales criterios, especificados de conformidad con el artículo [12] y dados a conocer en el anuncio de la subasta electrónica inversa. La invitación a participar en la subasta electrónica inversa irá acompañada del resultado de la evaluación completa de la conformidad y de la evaluación de las ofertas iniciales de conformidad con las disposiciones del [párrafo 4) del artículo 45][43].

---

contratación de objetos más complejos cuando quienes participen en la subasta tengan unos costos de base diferentes o una opinión diferente sobre los costos comunes, en cuyo caso la subasta puede ser un método adecuado en algunos sistemas muy desarrollados.

[41] En la Guía para la incorporación al derecho interno se pueden también considerar estas cláusulas teniendo en cuenta los nuevos criterios de valoración propuestos en el artículo 12, centrándose en la exclusión de los criterios cualitativos subjetivos de los procedimientos de subasta, y no los criterios de calidad *per se*.

[42] En su redacción anterior, en este párrafo se hacía referencia únicamente a una "evaluación", lo que, en el marco de la Ley Modelo, remitía a una evaluación competitiva de ofertas; por eso se ha añadido la referencia a la conformidad, pues se trata de reflejar el nuevo artículo 11 propuesto (el Grupo de Trabajo puede considerar si debe hacerse una referencia más amplia a ese artículo). En aplicación del párrafo 2) del artículo 44 *infra*, que permite limitar el número de licitadores que participan en una subasta, la evaluación competitiva puede conducir a la exclusión de algunos licitadores y, en otros casos, puede llevarse a cabo sin descalificar a ningún licitador.

[43] Algunos comentaristas han observado que la flexibilidad que permite utilizar el criterio del precio únicamente o el criterio del precio y otros criterios en las licitaciones hace compleja la redacción de estas disposiciones, y que sería más sencillo incluir un procedimiento diferenciado para las subastas basadas únicamente en el precio, y limitar los métodos de contratación pública en que puede utilizarse la subasta, por ejemplo, a los que cumplan el requisito de que la descripción (incluidas las especificaciones) del objeto se fije desde el primer momento. Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar estas observaciones.

Artículo 43. Procedimientos para solicitar la participación en un proceso de contratación en el que se recurra a una subasta electrónica inversa[44]

1) Cuando se vaya a utilizar como método de contratación una subasta electrónica inversa, la entidad adjudicadora publicará un anuncio de la subasta electrónica inversa de conformidad con los procedimientos previstos en el artículo [24] de la presente Ley.

2) Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo 1) del presente artículo, cuando la convocatoria esté limitada a proveedores o contratistas nacionales únicamente de conformidad con las disposiciones del [apartado c) del párrafo 2) del artículo 7] de la presente Ley, la entidad adjudicadora no estará obligada a respetar los procedimientos establecidos en el apartado c) del párrafo 1) del artículo 14, el párrafo 2) del artículo 24, los apartados h) e i) del artículo 25 y los apartados j), k) y s) del artículo 27 de la presente Ley[45].

3) Cuando se vaya a utilizar una subasta electrónica inversa en el marco de otro método de contratación pública previsto en la presente Ley, la entidad adjudicadora notificará a los proveedores y contratistas, cuando les solicite por primera vez su participación en el proceso de contratación, que se celebrará una subasta electrónica inversa.

Artículo 44. Contenido del anuncio de la subasta electrónica inversa[46]

1) El anuncio de la subasta electrónica inversa incluirá, como mínimo, lo siguiente:

a) La información indicada en [los apartados a), d) y e) del artículo 25 y los apartados d), f), h) a j) y t) a y) del artículo 27;]

b) Los criterios que vaya a utilizar la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora, indicándose en particular todo criterio distinto del precio, sus respectivos coeficientes de ponderación y la fórmula matemática aplicable en el

---

[44] El presente artículo es el presentado en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.59, párrafo 5, y A/CN.9/WG.I/WP.61, párrafo 17, después de las consideraciones hechas sobre el tema por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 12º y 13º (A/CN.9/640, párrs. 62 a 89). Se han introducido algunos cambios menores a consecuencia de las revisiones propuestas de la Ley Modelo.

[45] Este párrafo fue añadido para reflejar las excepciones que se producen en caso de contratación pública reservada a proveedores o contratistas nacionales. Es similar al artículo 23 de la Ley Modelo.

[46] El presente artículo es el presentado en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.59, párrafo 5, y A/CN.9/WG.I/WP.61, párrafo 17, después de las consideraciones hechas sobre el tema por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 12º y 13º (A/CN.9/640, párrs. 62 a 89). Se han introducido algunos cambios menores a consecuencia de las revisiones propuestas de la Ley Modelo.

proceso de evaluación, así como todo criterio que no sea modificable en el curso de la subasta[47];

c) La vía de acceso a la subasta electrónica inversa, informándose sobre el equipo electrónico que se vaya a utilizar y las especificaciones técnicas para efectuar la conexión;

d) La modalidad y, de estar ya fijado, el plazo de inscripción para participar en la subasta;

e) Los criterios por los que se regirá la clausura de la subasta y, de conocerse ya, la fecha y la hora de su apertura;

f) Si la subasta se desarrollará en una sola o en varias etapas (, en cuyo caso se indicará el número de etapas y su duración prevista); y

g) El reglamento aplicable a la subasta electrónica inversa, así como la información que se facilitará a los concursantes en el curso de la subasta y las condiciones para la presentación de ofertas.

2) La entidad adjudicadora podrá fijar el número mínimo y/o un máximo de proveedores o contratistas que se invitará a participar en la subasta a condición de que obre en el convencimiento de que al imponer dicho límite está propiciando una competencia efectiva y la equidad en el trato de los concursantes. De obrarse así, el anuncio de la subasta electrónica inversa deberá indicar el límite impuesto y, si se trata de un máximo, los criterios y el procedimiento que se seguirán para seleccionar a los proveedores o contratistas invitados a participar[48].

3) La entidad adjudicadora podrá decidir que la subasta electrónica inversa vaya precedida por la precalificación de los concurrentes. En tal caso, el anuncio de la subasta electrónica inversa contendrá una convocatoria a precalificación y facilitará la información indicada en el [párrafo 3) del artículo 15].

4) La entidad adjudicadora podrá decidir que la subasta electrónica inversa vaya precedida por una evaluación de la conformidad de las ofertas. En tal caso, el anuncio de la subasta electrónica inversa contendrá una invitación a presentar ofertas iniciales y facilitará la información indicada en los [apartados f) a j) del artículo 25 y los apartados a), k) a s) y z) del artículo 27], así como sobre los procedimientos que se utilizarán para dicha evaluación.

5) Cuando se requiera una evaluación completa de las ofertas iniciales (además de una evaluación de la conformidad), conforme a lo previsto en el [párrafo 3) del artículo 42,] el anuncio de la subasta electrónica inversa contendrá una invitación a

---

[47] Se han hecho algunas modificaciones menores en este párrafo para reflejar las disposiciones del proyecto de artículo 12.

[48] Si el Grupo de Trabajo decide incluir disposiciones que establezcan la precalificación obligatoria en algunos procedimientos previstos en la Ley Modelo, y prever un procedimiento concreto para limitar de otro modo el número de concurrentes en algunos métodos de contratación pública, quizá desee considerar si es necesario mantener la coherencia entre estos procedimientos y los previstos para limitar el número de participantes en una subasta. Además, quizá el Grupo de Trabajo desee considerar si la flexibilidad que permite eliminar algunos concurrentes haría que estas disposiciones fueran incompatibles con las normas generales relativas a algunos métodos de contratación pública en los que no existe la posibilidad de tal exclusión y en los que una subasta puede ser una de las fases.

presentar ofertas iniciales y facilitará la información indicada en [los apartados f) a j) del artículo 25 y los apartados a), k) a s) y z) del artículo 27], así como sobre los procedimientos que se utilizarán para dicha evaluación.

Artículo 45. Invitación a participar en la subasta electrónica inversa[49]

1) A reserva de lo dispuesto en los párrafos 2) a 4) del presente artículo, el anuncio de una subasta electrónica inversa constituirá una invitación a participar en ella, por lo que deberá informar plenamente al respecto, facilitando, en particular, los datos indicados en el párrafo 5) del presente artículo.

2) Si se ha impuesto un límite al número de proveedores o contratistas que podrán ser invitados a participar en la subasta, conforme a lo previsto en el [párrafo 2) del artículo 44,] la entidad adjudicadora deberá enviar una invitación simultánea e individual a cada proveedor o contratista que haya sido seleccionado en el marco del límite fijado y de conformidad con los criterios y procedimientos indicados en el anuncio de la subasta electrónica inversa.

3) Cuando la subasta vaya precedida por la precalificación de los proveedores o contratistas, conforme a lo previsto en [el artículo 15 y en el párrafo 3) del artículo 44,] la entidad adjudicadora deberá enviar una invitación simultánea e individual a cada proveedor o contratista que haya sido precalificado [o preseleccionado] de conformidad con lo previsto en el artículo [15] de la presente Ley.

4) Cuando la subasta vaya precedida por una evaluación de la conformidad o por una evaluación completa de las ofertas iniciales, con arreglo a lo previsto en los artículos [26 y 28 a 31, el párrafo 1) del artículo 32, los párrafos 1) y 2) del artículo 33 y los párrafos 4) y 5) del artículo 44,] la entidad adjudicadora deberá enviar una invitación simultánea e individual a cada proveedor o contratista cuya oferta no haya sido rechazada con arreglo a lo previsto en el [párrafo 3) del artículo 33.] Deberá asimismo notificar, a cada proveedor o contratista interesado, cuál ha sido el resultado de la evaluación de la conformidad, o de la evaluación completa, según sea el caso, de su respectiva oferta inicial.

5) Salvo que figuren ya en el anuncio de la subasta electrónica inversa, la invitación a participar en la subasta dará a conocer:

a) El plazo de inscripción de los proveedores y contratistas que hayan sido invitados a participar en la subasta;

b) La fecha y la hora de apertura de la subasta;

c) Las formalidades de inscripción y de identificación que todo concursante ha de cumplir al declararse abierta la subasta;

d) La información que cada concursante requerirá para conectarse al equipo electrónico que se vaya a utilizar; y

---

[49] *Ibid.*

e) Toda otra información concerniente a la subasta que el proveedor o contratista requiera para participar en ella.

6) La entidad adjudicadora deberá velar por que el número de proveedores o contratistas invitados a participar en la subasta de conformidad con el presente artículo sea suficiente para garantizar una competencia efectiva.

Artículo 46. Inscripción para participar en una subasta electrónica inversa y plazo para la apertura de la subasta[50]

1) La inscripción para participar en la subasta será prontamente confirmada individualmente a cada proveedor o contratista que se inscriba.

2) Si, según el parecer de la entidad adjudicadora, el número de acreedores o contratistas inscritos no es suficiente para asegurar una competencia efectiva, la entidad adjudicadora podrá cancelar la subasta electrónica inversa. La cancelación será pronta e individualmente comunicada a cada proveedor o contratista inscrito.

3) La subasta no comenzará sin que haya transcurrido un plazo adecuado desde la fecha de publicación del anuncio de la subasta electrónica inversa, o, de haberse convocado a los concursantes por invitación, desde la fecha de envío de las invitaciones a todos los proveedores o contratistas interesados. Dicho plazo deberá ser lo bastante largo para dar tiempo a los proveedores o contratistas para prepararse para la subasta.

Artículo 47. Condiciones exigibles en el curso de la subasta[51]

1) En el curso de una subasta electrónica inversa:

a) Todos los concursantes gozarán por igual de la posibilidad de presentar en cualquier momento sus ofertas;

b) Toda oferta será objeto de una evaluación automática con arreglo a los criterios y otros datos pertinentes que se hayan indicado en el anuncio de la subasta electrónica inversa;

c) Cada concursante recibirá, de modo instantáneo y continuo, información suficiente para poder conocer la posición de su oferta respecto de las demás ofertas[52];

---

[50] El artículo es el presentado en el documento A/CN.9/WG.I/WP.59, párrafo 5, después de la consideración del tema por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 62 a 89).

[51] El presente artículo es el presentado en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.59, párrafo 5, y A/CN.9/WG.I/WP.61, párrafo 17, después de las consideraciones hechas sobre el tema por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 12º y 13º (A/CN.9/640, párrs. 62 a 89).

[52] Quizá el Grupo de Trabajo desee considerar el alcance de la información que esta disposición obligaría a divulgar, aparte de la fórmula y de los resultados de la evaluación inicial, por ejemplo, la información relativa a todas las ofertas durante la subasta, incluida su puntuación con respecto a la calidad, y si esta información podría facilitar la colusión. Una formulación alternativa podría ser permitir que el concursante reciba información sobre su oferta y la oferta

d) No se intercambiará comunicación alguna entre la entidad adjudicadora y los concursantes que no esté prevista en los apartados a) y c) del presente párrafo.

2) En el curso de la subasta, la entidad adjudicadora no dará a conocer la identidad de ninguno de los concursantes.

3) La subasta será clausurada de conformidad con los criterios indicados en el anuncio de la subasta electrónica inversa[53].

4) La entidad adjudicadora suspenderá o dará por clausurada la subasta electrónica inversa de haber sufrido su sistema de comunicaciones alguna disfunción que comprometa el curso de la subasta o por todo otro motivo previsto en el reglamento de la subasta electrónica inversa. La entidad adjudicadora no dará a conocer la identidad de ninguno de los concursantes, de haber tenido que suspender o declarar clausurada la subasta.

[proyecto de nuevo texto para su consideración]

Artículo 48. Condiciones exigibles después de la subasta[54]

1) La oferta que al clausurarse la subasta tenga el precio menor o esté evaluada más baja, según corresponda, será la propuesta ganadora[55].

2) La entidad adjudicadora, haya o no abierto un proceso de precalificación con arreglo al artículo [15], podrá exigir al concursante que haya presentado la oferta que se ha considerado ganadora al clausurarse la subasta que confirme sus calificaciones con arreglo a los criterios y procedimientos previstos en las disposiciones del artículo [10]. Si el concursante no lo hace, la entidad adjudicadora rechazará la oferta. Salvo que la entidad adjudicadora decida, de conformidad con el [párrafo 1) del artículo 16], rechazar todas las ofertas restantes, seleccionará la oferta que a la clausura de la subasta tenga el siguiente menor precio o esté evaluada como la siguiente más baja, a condición de que el concursante que la haya presentado pueda confirmar sus calificaciones si se le requiere a hacerlo.

3) De no haberse evaluado la conformidad de las ofertas iniciales con anterioridad a la subasta, la entidad adjudicadora evaluará después de la subasta la conformidad de la oferta que a la clausura de la subasta se haya considerado ganadora. La entidad adjudicadora rechazará la oferta si se considera que no es

---

situada en primer lugar o en qué medida tendría que mejorar esa oferta para convertirse en la ganadora.

[53] En la Guía para la incorporación al derecho interno se podrían abordar ciertos tipos de subasta que actualmente no están previstos en estas disposiciones, y los motivos por los que podrían no ser adecuados, incluidas las subastas en las que se elimina al final de cada ronda al concursante peor clasificado.

[54] Se proponen los cambios que hay que introducir en este artículo a consecuencia del nuevo artículo 19 propuesto.

[55] Algunos comentaristas han indicado que los procesos en los que la subasta viene seguida de una licitación tradicional entre los dos últimos concursantes en juego pueden rendir buenos resultados. En la Guía para la incorporación al derecho interno se puede explicar que la exigencia de que la fase de la subasta sea la última que determine cuál es la oferta ganadora excluye estos tipos de subasta.

conforme. Salvo que la autoridad adjudicadora decida rechazar, de conformidad con el [párrafo 1) del artículo 16], todas las ofertas restantes, seleccionará la oferta que a la clausura de la subasta tenga el siguiente menor precio o la siguiente evaluación más baja, siempre que se considere que la oferta es conforme.

4) La entidad adjudicadora podrá proceder con arreglo a lo previsto en el artículo [17] si la oferta que a la clausura de la subasta se haya considerado ganadora da lugar a algún temor acerca de la aptitud del concursante que la presentó para cumplir el contrato adjudicado. Si la entidad adjudicadora rechaza la oferta por los motivos señalados en el artículo [17], seleccionará la oferta que a la clausura de la subasta tenga el siguiente precio más bajo o la siguiente evaluación más baja, pero tendrá derecho, de conformidad con el [párrafo 1) del artículo 16], a rechazar todas las ofertas restantes.

[proyecto de texto sometido anteriormente al Grupo de Trabajo][56]

Artículo 51 *septies*. Adjudicación del contrato en función de los resultados de la subasta electrónica inversa

1) El contrato será adjudicado al concursante que, al clausurarse la subasta, haya presentado la oferta de menor precio o la oferta evaluada más baja, según proceda, salvo que dicha oferta sea rechazada con arreglo a lo previsto en los artículos 12, 12 *bis*, 15 y [36 (...)]. En tal caso, la entidad adjudicadora podrá:

a) Adjudicar el contrato al concursante que, al clausurarse la subasta, haya presentado la oferta siguiente de menor precio o evaluada más baja, según cuál proceda; o

b) Rechazar las ofertas restantes con arreglo a lo previsto en el artículo 12 1) de la presente Ley; o

c) Celebrar otra subasta en el marco del proceso que se esté siguiendo; o

d) Anunciar un nuevo proceso de adjudicación; o

e) Cancelar la adjudicación del contrato ofrecido.

2) Haya o no abierto un proceso de precalificación con arreglo al artículo 7, la entidad adjudicadora podrá exigir al proveedor o contratista que haya presentado la oferta declarada ganadora que confirme sus calificaciones con arreglo a los criterios y procedimientos previstos en el artículo 6.

3) De no haberse evaluado la conformidad de las ofertas iniciales con anterioridad a la subasta, la entidad adjudicadora deberá evaluar la conformidad de la oferta que haya sido declarada ganadora en el curso de la subasta.

4) La entidad adjudicadora podrá proceder con arreglo a lo previsto en el artículo 12 *bis* si la oferta declarada ganadora da lugar a algún temor acerca de la

---

[56] El presente artículo es el presentado en los documentos A/CN.9/WG.I/WP.59, párrafo 5, y A/CN.9/WG.I/WP.61, párrafo 17, después de las consideraciones hechas sobre el tema por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 12º y 13º (A/CN.9/640, párrs. 62 a 89).

aptitud del proveedor o contratista que la presentó para realizar el contrato adjudicado.

5) Se dará pronto aviso al concursante, que presentó la oferta que la entidad adjudicadora esté dispuesta a aceptar, de dicha aceptación.

6) Se deberá comunicar prontamente, a los demás concursantes, el nombre y la dirección del concursante con el que se concluya el contrato y el precio del contrato adjudicado.

A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 15º período de sesiones

ADICIÓN

En la presente nota se exponen los capítulos VI (Procedimientos para los acuerdos marco) y VII (Vías de recurso) de un texto revisado de la Ley Modelo. En las notas de pie de página que se adjuntan al texto se han hecho constar las observaciones de la Secretaría.

CAPÍTULO VI. PROCEDIMIENTOS PARA LOS ACUERDOS MARCO

Artículo 49. Condiciones para la utilización de un procedimiento para acuerdos marco[1]

1) Una entidad adjudicadora podrá concertar un procedimiento de acuerdo marco conforme a lo dispuesto en el presente capítulo cuando determine que:

a) La necesidad de los bienes, obras o servicios objeto de la contratación se presentará reiteradamente durante un determinado período; o

b) Dada la naturaleza de los bienes, obras o servicios objeto de la contratación estos puedan requerirse de manera urgente durante un determinado período.

2) A los efectos del presente capítulo:

a) Se entenderá por "procedimiento de acuerdo marco" una contratación realizada en dos etapas: en la primera se seleccionará a uno o varios proveedores o contratistas que serán partes en el acuerdo marco con una entidad adjudicadora, y en

[1] Texto basado en los párrafos 1, 4, 5, 6 y 7 del artículo 22 *ter*, que examinó el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6). Esos párrafos se han reordenado con el fin de ajustarlos a las disposiciones equivalentes en materia de subastas electrónicas inversas y se les han agregado definiciones suplementarias para cumplir la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de regular por separado los acuerdos marco abiertos y los cerrados (A/CN.9/664, párr. 90). El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar el orden en que figuran las consiguientes disposiciones, que se han redactado con miras a presentar, por un lado, las disposiciones que regulan ambos tipos de acuerdo marco y, por otro, aquellas que solo son aplicables a uno de ambos tipos de acuerdos. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la cuestión de si los procedimientos deberían poder utilizarse para todos los tipos de contratación, inclusive la contratación negociada o la contratación en que las especificaciones se fijan después de iniciarse el procedimiento, métodos que están de hecho excluidos en el actual proyecto.

la segunda se adjudicarán los contratos públicos en virtud del acuerdo marco a uno o varios de esos proveedores o contratistas;

b) Se entenderá por "acuerdo marco" todo acuerdo concertado entre la entidad adjudicadora y el proveedor o proveedores o el contratista o contratistas seleccionados una vez concluida la primera etapa del procedimiento de acuerdo marco;

c) Se entenderá por "acuerdo marco cerrado" todo acuerdo marco en el que solo puedan ser partes los proveedores o contratistas iniciales y al que no puedan incorporarse posteriormente otros proveedores o contratistas;

d) Se entenderá por "acuerdo marco abierto" todo acuerdo marco al que, además de los proveedores o contratistas iniciales, puedan incorporarse posteriormente otro u otros proveedores o contratistas;

e) Se entenderá por "procedimiento de acuerdo marco con una segunda etapa competitiva" todo procedimiento de acuerdo marco en el que ciertas condiciones de la contratación, que no puedan fijarse con suficiente precisión al concertarse el acuerdo marco, deban establecerse o concretarse mediante una segunda etapa competitiva; y

f) Se entenderá por "procedimiento de acuerdo marco sin segunda etapa competitiva" todo procedimiento de acuerdo marco en el que no se prevea una segunda etapa competitiva para fijar o concretar las condiciones de la contratación.

3) La entidad adjudicadora consignará en el expediente exigido conforme al artículo [22] de la presente Ley una declaración de los motivos y circunstancias en que se basó para seleccionar un determinado tipo de procedimiento de acuerdo marco.

Artículo 50. Información que deberá especificarse cuando se solicite por vez primera la participación en un procedimiento de acuerdo marco[2]

Cuando solicite por vez primera la participación de proveedores o contratistas en un procedimiento de acuerdo marco, la entidad adjudicadora deberá especificar:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) El hecho de que la contratación se llevará a cabo conforme a un procedimiento de acuerdo marco;

c) Cuál de los tipos de acuerdo marco que se describen en el artículo 49 será el que se concierte;

---

[2] Texto basado en el proyecto de artículo 51 *novies*, que el Grupo de Trabajo examinó en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6). El artículo se ha simplificado haciendo remisiones a las disposiciones vinculantes de los artículos 53 (acuerdos marco cerrados) y 56 (acuerdos marco abiertos), también para evitar repeticiones innecesarias, e incorporando a este proyecto las decisiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/664, párrs. 78 a 82).

d) Toda la información que, como mínimo, deberá hacerse constar en el acuerdo marco de conformidad con lo dispuesto en los artículos [53] o [56], según el caso;

e) En los acuerdos marco con más de un proveedor o contratista, el número mínimo o máximo de proveedores o contratistas que podrán ser partes en el acuerdo marco;

f) Los procedimientos y criterios que seguirá la entidad adjudicadora al seleccionar las partes en el acuerdo marco, inclusive, en el caso de los acuerdos marco cerrados, los criterios de evaluación, su ponderación relativa y la forma en que se aplicarán en la selección, y si esta se basará en el precio más bajo o en la propuesta que, previa evaluación, resulte más económica;

g) En procedimientos de acuerdos marco cerrados, la información mencionada en los párrafos e) a j) del artículo 25 y en los párrafos a) a c) y g) a z) del artículo 27, a menos que esa información se determine en una segunda etapa competitiva[3].

Artículo 51. Prohibición de enmiendas de fondo durante la vigencia del acuerdo marco

1) Durante el período de vigencia del acuerdo marco no se permitirá que se introduzca ningún cambio en las condiciones de la contratación, inclusive en la ponderación relativa de los criterios de evaluación, si tales cambios pudieran entrañar una modificación de fondo de la descripción de los bienes, obras o servicios objeto de la contratación; tampoco se permitirán enmiendas de las demás condiciones de la contratación que se hayan fijado al principio al convocar a licitación a proveedores y contratistas en un procedimiento de acuerdo marco conforme al artículo 50.

[2) Por "enmienda de fondo de la descripción de los bienes, obras o servicios objeto de la contratación o de todas las otras condiciones para la contratación" se entenderá toda modificación a raíz de la cual las propuestas de un proveedor o de un contratista parte en el acuerdo marco dejen de ser conformes, o toda propuesta no considerada conforme pase a serlo, o se altere la condición de los proveedores o contratistas en lo que respecta a su calificación o aptitud [, o toda enmienda que suscite reparos en lo que respecta a la competitividad, la transparencia o la integridad del procedimiento].][4]

---

[3] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar, durante el procedimiento de licitación, el grado de información requerida en el pliego de condiciones conforme a los artículos 25 y 27 de la Ley Modelo y tal vez desee estudiar si alguna información especificada en dichas disposiciones podría concretarse en la segunda etapa de acuerdos marco sin una segunda etapa competitiva.

[4] Véanse los párrafos 101 c) y d) del documento A/CN.9/664, en los que el Grupo de Trabajo consideró que esa descripción podía insertarse en la Guía para la incorporación al derecho interno.

Artículo 52. Primera etapa de un procedimiento de acuerdo marco cerrado[5]

1) La entidad adjudicadora elegirá, entre las opciones expuestas en el párrafo 2) del artículo 49, el tipo de acuerdo marco y el procedimiento que habrá de seguirse.

2) La entidad adjudicadora seleccionará la parte o las partes con las que concertará un acuerdo marco cerrado:

a) Mediante un procedimiento de licitación conforme a lo dispuesto en el capítulo II de la presente Ley, salvo en la medida en que el presente artículo y el artículo [54] se aparten de tales disposiciones; o

b) A través de un método de contratación previsto en el capítulo III conforme a las condiciones enunciadas en el artículo [7 3)] de la presente Ley y con arreglo a las disposiciones pertinentes del capítulo III, salvo en la medida en que el presente artículo y el artículo [54] se aparten de tales disposiciones[6];

c) En el caso de un acuerdo marco concertado con un proveedor o contratista utilizando, además de los métodos de contratación especificados en los apartados a) y b) del presente párrafo, la contratación con una sola fuente conforme a las condiciones enunciadas en el artículo [7 6) a) y c) a f)].

3) La entidad adjudicadora consignará en el expediente exigido conforme al artículo 22 de la presente Ley una declaración de los motivos y circunstancias en que se basó para seleccionar el tipo de acuerdo marco cerrado, expuesto en el párrafo 2) del artículo 49, y en que se basó para recurrir a cualquier método de contratación, distinto de la licitación, para seleccionar la parte o las partes con las que concertó un acuerdo marco cerrado.

4) La entidad adjudicadora seleccionará a uno o varios proveedores o contratistas con los que concertará el acuerdo marco en función de los criterios de selección especificados, inclusive la ponderación relativa de tales criterios, así como la forma de aplicarlos, y notificará sin demora al proveedor o proveedores o al contratista o contratistas elegidos su selección[7].

---

[5] Nuevo artículo aplicable únicamente a los procedimientos de acuerdos marco cerrados (A/CN.9/664, párr. 90), basado en el artículo 51 *octies* que el Grupo de Trabajo examinó en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6) y que se ha actualizado para tener en cuenta las disposiciones enmendadas de los capítulos I, II y III de la Ley Modelo revisada, y en el proyecto de artículo 51 *decies*, que también examinó el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6); en el presente artículo, se ponen en práctica las decisiones del Grupo de Trabajo de regular por separado los procedimientos de acuerdos marco abiertos y los de acuerdos marco cerrados (A/CN.9/664, párrs. 83 a 88 y 90).

[6] Véase A/CN.9/664, párrafo 86.

[7] El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar otra opción, consistente en insertar este párrafo en el proyecto de artículo 19 (Aceptación de las ofertas y entrada en vigor del contrato de adjudicación).

Artículo 53. Requisitos mínimos para un acuerdo marco cerrado[8]

1) Todo acuerdo marco cerrado que la entidad adjudicadora y el proveedor o proveedores o el contratista o contratistas concierten en virtud de la presente Ley deberá constar por escrito y en él se enunciarán:

a) La duración del acuerdo marco[9];

b) La descripción de los bienes, obras o servicios que sean objeto de la contratación[10] y de todas las demás condiciones de la contratación que se hayan fijado al celebrarse el acuerdo marco;

c) De ser conocidas, las estimaciones de las condiciones de la contratación que no puedan establecerse con suficiente precisión al concertar el acuerdo marco[11];

d) En el caso de un acuerdo marco cerrado concertado con más de un proveedor o contratista, una indicación de si habrá una segunda etapa competitiva para adjudicar el contrato en virtud del acuerdo marco, y una declaración de las cláusulas y condiciones que habrán de fijarse o concretarse en una segunda etapa competitiva;

e) Los procedimientos que deberán seguirse en toda segunda etapa competitiva y la frecuencia prevista de tal etapa;

f) Una indicación de si la adjudicación del contrato en virtud del acuerdo marco se basará en el criterio del precio más bajo o de la oferta que, previa evaluación, resulte más económica [...][12];

g) Los procedimientos y criterios de evaluación, inclusive las ponderaciones relativas de esos criterios y la forma en que se aplicarán, de conformidad con el artículo [12] de la presente Ley, durante toda segunda etapa competitiva. En el acuerdo marco podrá especificarse un margen dentro del cual podrán modificarse las ponderaciones relativas de los criterios de evaluación durante la segunda etapa competitiva, siempre y cuando tal variación no entrañe una enmienda de fondo de la contratación descrita en el artículo [51].

---

[8] Texto basado en los párrafos 2 y 3 del artículo 22 *ter* que examinó el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6), presentado como artículo independiente para facilitar la lectura, y únicamente aplicable a los procedimientos de acuerdos marco cerrados (A/CN.9/664, párr. 90).

[9] A/CN.9/664, párrs. 94 y 95.

[10] Habida cuenta de la nueva definición propuesta en los artículos 2 y 11, se ha sustituido la palabra “especificaciones” por “descripción”.

[11] El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si está suficientemente regulada la situación en la que algunos requisitos del acuerdo marco no puedan fijarse desde el principio (por ejemplo, la idea de “concretar” los requisitos durante la segunda etapa sin que ello sea competitivo).

[12] El Grupo de Trabajo ha estudiado la posibilidad de introducir en el texto otro posible método de adjudicación del contrato, a saber, el de rotación. El Grupo de trabajo tal vez desee plantearse la conveniencia de insertar en el texto estas otras posibles opciones habida cuenta del proyecto de artículo sobre los criterios de evaluación (artículo 12).

2) Los acuerdos marco cerrados podrán concertarse con un proveedor o contratista o con [más de un proveedor o contratista] [al menos [tres] proveedores o contratistas][13].

3) Todo acuerdo marco cerrado concertado con más de un proveedor o contratista revestirá la forma de un único acuerdo entre todas las partes, a menos que la entidad adjudicadora estime que, en interés de la propia entidad y de los proveedores o contratistas, sea conveniente celebrar acuerdos separados con cada uno de los proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco. Toda modificación de las cláusulas y condiciones de los acuerdos separados para una determinada contratación será de poca entidad y de carácter no fundamental y afectará únicamente a las disposiciones que justifiquen la celebración de acuerdos separados. La entidad adjudicadora consignará en el expediente exigido conforme al artículo [22] una declaración de los motivos y circunstancias en que se basó para concertar acuerdos separados[14].

4) Si la entidad adjudicadora debe mantener un acuerdo marco cerrado en formato electrónico, en el acuerdo marco se especificará, además de la información requerida en otras disposiciones del presente artículo, toda la información necesaria para que el acuerdo marco electrónico funcione satisfactoriamente, inclusive información sobre cómo puede tenerse acceso al acuerdo marco electrónico y a las notificaciones de contratos próximamente adjudicables en virtud del acuerdo marco, el equipo electrónico que se utilice y las especificaciones técnicas para la conexión[15].

5) La duración de un acuerdo marco cerrado no excederá de [el Estado promulgante especificará un número máximo de] años[16].

Artículo 54. Segunda etapa de un procedimiento de acuerdo marco cerrado[17]

1) Todo contrato adjudicado en virtud de un acuerdo marco deberá ser conforme a las cláusulas de dicho acuerdo y a las disposiciones del presente artículo.

2) No se adjudicará ningún contrato, en virtud del acuerdo marco, a un proveedor o contratista que no haya sido parte originaria en el acuerdo marco.

---

[13] El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si es necesario prever una disposición para garantizar una verdadera competencia en los acuerdos con múltiples proveedores y, de estimarlo conveniente, estudiar la posibilidad de fijar en el texto un límite mínimo, como el que se prevé para los procedimientos de solicitud de propuestas o cotizaciones.

[14] A/CN.9/664, párr. 78.

[15] Nuevo párrafo agregado para ajustar el texto a otras disposiciones.

[16] Por otra parte, en la Guía para la incorporación al derecho interno cabría explicar que en la Ley Modelo no se limita la duración de los acuerdos marco abiertos, pero que su duración deberá fijarse de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.

[17] Texto basado en los proyectos de artículo 51 *duodecies* y *terdecies* que el Grupo de Trabajo examinó en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6), fundidos en un único artículo conforme a lo decidido por el Grupo de Trabajo en ese período de sesiones (A/CN.9/664, párr. 106), y actualizado para tener en cuenta las revisiones de los proyectos de capítulo I y II de la Ley Modelo.

3) Las cláusulas de un contrato adjudicado en virtud de un acuerdo marco no se podrán modificar ni podrán apartarse en lo esencial de lo estipulado en el acuerdo marco.

4) Cuando un acuerdo marco prevea una segunda etapa competitiva:

a) Para cada contrato que se prevea adjudicar se cursará una invitación por escrito a presentar ofertas. La entidad adjudicadora invitará a todos los proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco o, cuando corresponda, a todos los proveedores y contratistas cuya oferta responda en ese momento a las necesidades de la entidad adjudicadora, a presentar sus ofertas para el suministro de los elementos que deban adquirirse;

b) La entidad adjudicadora determinará el lugar para la presentación de ofertas, así como la fecha y hora exactas fijadas como límite a tal efecto. Con ese plazo deberá darse a proveedores o contratistas tiempo suficiente para preparar y presentar las ofertas;

c) En la invitación a presentar ofertas:

i) Se reiterarán las cláusulas existentes del contrato de adjudicación previsto, se enunciarán las condiciones que serán objeto de una segunda etapa competitiva y se darán, cuando sea necesario, más detalles sobre esas condiciones;

ii) Se reiterarán los procedimientos y los criterios de selección para la adjudicación del contrato previsto (inclusive sus ponderaciones relativas y la forma en que se aplicarán), así como la información mencionada en los párrafos q) a s) y x) a z) del artículo 27;

iii) Se darán instrucciones para la preparación de las ofertas en la segunda etapa, inclusive la información especificada en los párrafos g) a p) del artículo 27, y se indicará el plazo de presentación;

d) La entidad adjudicadora evaluará todas las ofertas recibidas y determinará la oferta ganadora de conformidad con los criterios de evaluación y con los procedimientos consignados en la invitación[18];

e) La entidad adjudicadora aceptará la oferta ganadora de conformidad con el artículo 19.

5) La entidad adjudicadora notificará sin demora por escrito a todos los proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco la adjudicación del contrato, el nombre y la dirección del proveedor o contratista a quien se haya enviado el aviso, así como el precio del contrato.

6) Cuando el precio de contratación exceda de [el Estado promulgante indicará una cantidad mínima [o] la cantidad establecida en las reglamentaciones sobre contratación pública], la entidad adjudicadora publicará sin demora aviso de la adjudicación del contrato o de los contratos de cualquiera de las maneras especificadas para la publicación de las adjudicaciones de contratos en el artículo 20 de la presente Ley. La entidad adjudicadora publicará también, de la misma manera

---

[18] El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si es conveniente agregar al texto otras remisiones a las disposiciones del capítulo II relativas a la selección de la oferta ganadora.

o de cualquier otra manera especificada en el acuerdo marco, avisos [trimestrales] de todos los contratos concertados en virtud de un acuerdo marco[19].

Artículo 55. Primera etapa del procedimiento para acuerdos marco abiertos[20]

1) La entidad adjudicadora establecerá y mantendrá acuerdos marco abiertos en forma electrónica[21].

2) Con miras a la elaboración de un acuerdo marco abierto, la entidad adjudicadora publicará un aviso en el que especificará el procedimiento para los acuerdos marco abiertos, de conformidad con el artículo 24[22]. El aviso contendrá la información especificada en el artículo [50].

3) Durante todo el período de vigencia del acuerdo marco abierto, la entidad adjudicadora asegurará un acceso sin restricciones, directo y pleno a las especificaciones y a las cláusulas y condiciones del acuerdo, así como a cualquier otra información necesaria para el buen funcionamiento del acuerdo.

4) La entidad adjudicadora, durante el período del funcionamiento del acuerdo marco abierto:

a) Deberá publicar de nuevo, con la mayor frecuencia posible, pero al menos una vez al año, el aviso inicial sobre el procedimiento para los acuerdos marco abiertos, y el aviso de la adjudicación del acuerdo marco [o de las partes en él], así como una invitación a presentar otras propuestas a fin de pasar a ser parte en el acuerdo marco en la publicación o publicaciones en que se hizo la solicitud inicial; o

b) Deberá mantener una copia de la información publicada en el sitio de Internet o en otra dirección electrónica indicada en el aviso inicial.

5) Los proveedores y contratistas podrán adherirse al acuerdo marco abierto en cualquier momento de su vigencia. En las solicitudes para pasar a ser parte se especificará toda la información indicada por la entidad adjudicadora en el aviso sobre el procedimiento para los acuerdos marco abiertos.

---

[19] El Grupo de Trabajo tal vez prefiera insertar esta disposición en el proyecto de artículo 20 de la Ley Modelo revisada. Es posible que las disposiciones de los proyectos de artículo 19, 20 y 22 deban ser revisadas cuando el Grupo de Trabajo finalice la redacción de los procedimientos para los acuerdos marco.

[20] Nuevo artículo aplicable únicamente a los procedimientos para acuerdos marco abiertos (A/CN.9/664, párr. 90), basado en el artículo 51 *octies*, examinado por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6), y actualizado para tener en cuenta las disposiciones enmendadas de los capítulos I, II y III de la Ley Modelo revisada, y basado también en el proyecto de artículo 51 *decies* que fue examinado por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6), en el que se aplican las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo, a saber, la separación de los procedimientos que deben seguirse para los acuerdos marco abiertos y los aplicables a los acuerdos marco cerrados (A/CN.9/664, párrs. 83 a 88 y 90).

[21] Véase A/CN.9/664, párrafo 91.

[22] El Grupo de Trabajo tal vez desee insertar en el texto una remisión al artículo 23 (licitación nacional).

6) La entidad adjudicadora evaluará todas las propuestas para pasar a ser parte del acuerdo marco que se reciban mientras esté en vigor [en un plazo máximo de [...] días], de acuerdo con la descripción expuesta en el aviso sobre el procedimiento aplicable a los acuerdos marco abiertos.

7) El acuerdo marco se concertará con todos los proveedores o contratistas cualificados cuyas ofertas sean conformes, a menos que por limitaciones técnicas u otras limitaciones de la capacidad sea necesario un número máximo de partes en el acuerdo marco, y a condición de que la entidad adjudicadora consigne en el expediente exigido conforme al artículo [22] de la presente Ley una declaración de los motivos y circunstancias en que se basó para imponer tal limitación[23].

8) La entidad adjudicadora notificará sin tardanza a los proveedores o contratistas si han sido seleccionados para ser partes en el acuerdo marco.

9) La entidad adjudicadora consignará en el expediente exigido conforme al artículo [22] de la presente Ley una declaración de los motivos y circunstancias en que se basó para establecer el acuerdo marco abierto.

Artículo 56. Requisitos mínimos para los acuerdos marco abiertos[24]

En los acuerdos marco abiertos se preverá una segunda etapa competitiva para la adjudicación de un contrato en virtud del acuerdo y, además, se especificará en ellos, por lo menos, lo siguiente:

a) La descripción del objeto de la contratación y de todas las demás cláusulas y condiciones de la contratación que se conozcan cuando se formule un acuerdo marco abierto;

b) Toda cláusula o condición que pueda concretarse mediante una segunda etapa competitiva;

c) El idioma o los idiomas en que se redactará el acuerdo marco abierto y toda la información relativa al funcionamiento electrónico del acuerdo, inclusive el modo en que el acuerdo y las notificaciones de contratos próximamente adjudicables en virtud del acuerdo pueden evaluarse, el equipo electrónico utilizado y los arreglos técnicos así como las especificaciones técnicas;

d) En caso de imponerse alguna limitación del número de proveedores o contratistas que puedan ser partes en el acuerdo, una indicación del número máximo de proveedores o contratistas que puedan adherirse al acuerdo marco;

e) Las cláusulas y condiciones aplicables a los proveedores o contratistas que deseen ser partes en el acuerdo marco abierto, inclusive:

---

[23] Véase A/CN.9/664, párrafo 103.

[24] Este artículo es nuevo y en él se adaptan a los acuerdos marco abiertos las disposiciones equivalentes aplicables a los acuerdos marco cerrados, que se enuncian en el artículo 53 *supra*. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de que este procedimiento pueda utilizarse para todos los tipos de contratación o para los bienes normalizados de bajo valor, como se dispone en el capítulo III de la Ley Modelo revisada.

i) Una declaración explícita en el sentido de que los proveedores o contratistas deseosos de ser partes en el acuerdo marco puedan solicitarlo en cualquier momento durante el período de vigencia del acuerdo, a reserva de todo eventual límite máximo del número de proveedores;

ii) La información especificada en el artículo 25 e) y en el artículo 27 b), c), t), u), w) y z); y

iii) Instrucciones para la preparación y presentación de ofertas indicativas, inclusive la información mencionada en los párrafos i) a k) del artículo 27;

f) Los procedimientos y la frecuencia de las segundas etapas competitivas;

g) Una indicación de si la adjudicación de un contrato conforme al acuerdo marco se basará en el precio más bajo o en la oferta que, previa evaluación, resulte más económica[25];

h) Los procedimientos y criterios de evaluación que se aplicarán durante la segunda etapa competitiva, inclusive la ponderación relativa de los criterios de evaluación y la forma en que serán aplicados, de conformidad con el artículo [12] de la presente Ley. El acuerdo marco podrá especificar un margen de variación de las ponderaciones relativas de los criterios de evaluación durante la segunda etapa competitiva, a condición de que ninguna variación entrañe una enmienda de fondo de la contratación según se describe en el artículo [51].

Artículo 57. Segunda etapa del procedimiento para acuerdos marco abiertos[26]

1) Todo contrato adjudicado deberá ser conforme a las condiciones estipuladas en el acuerdo marco y a lo dispuesto en el presente artículo.

2) a) Para cada contrato que se prevea adjudicar se cursará una invitación por escrito a presentar ofertas. La entidad adjudicadora invitará a todos los proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco o, cuando corresponda, a todos los proveedores y contratistas cuya oferta corresponda en ese momento a las necesidades de la entidad adjudicadora, a presentar sus ofertas para el suministro de los elementos que deban adquirirse;

b) La entidad adjudicadora determinará el lugar para la presentación de ofertas, así como la fecha y hora exactas fijadas como límite a tal efecto. Con ese plazo deberá darse a proveedores o contratistas tiempo suficiente para preparar y presentar las ofertas;

c) En la invitación a presentar ofertas:

---

[25] Véase la nota 12 de pie de página *supra*.

[26] Artículo basado en los proyectos de artículo 51 *duodecies* y *terdecies* que fueron examinados por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/WG.I/WP.62, párr. 6), fundidos en un único artículo conforme a lo decidido por el Grupo de Trabajo en ese período de sesiones (A/CN.9/664, párr. 106), y actualizado con el fin de tener en cuenta las revisiones de los proyectos de capítulo I y II de la Ley Modelo.

i) Se reiterarán las cláusulas y condiciones del contrato que se prevea adjudicar, se enunciarán los requisitos y condiciones que deberán estar sujetos a la segunda etapa competitiva y, cuando sea necesario, se darán más detalles sobre tales requisitos y condiciones;

ii) Se reiterarán los procedimientos y los criterios de selección para la adjudicación del contrato previsto (inclusive su ponderación relativa y la forma en que se aplicarán), además de la información mencionada en los párrafos q) a s) y x) a z) del artículo 27;

iii) Se darán instrucciones para la preparación de ofertas destinadas a la segunda etapa, y se facilitará la información especificada en los párrafos g) a p) del artículo 27, precisando el plazo de presentación;

d) La entidad adjudicadora evaluará todas las ofertas recibidas y determinará la oferta ganadora de conformidad con los criterios de selección y los procedimientos consignados en la invitación a presentar ofertas[27];

e) La entidad adjudicadora aceptará la oferta ganadora de conformidad con el artículo 19.

3) La entidad adjudicadora notificará sin demora por escrito a todos los demás proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco el nombre y la dirección del proveedor o contratista a quien se haya enviado el aviso, así como el precio del contrato.

4) Cuando el precio exceda de [el Estado promulgante indicará una cantidad mínima [o] la cantidad establecida en las reglamentaciones sobre contratación pública], la entidad adjudicadora publicará sin demora aviso de la adjudicación del contrato o de los contratos de cualquiera de las maneras especificadas para la publicación de las adjudicaciones de contratos en el artículo [20] de la presente Ley. La entidad adjudicadora publicará también, de la misma manera o de cualquier otra manera especificada en el acuerdo marco, avisos [trimestrales] de todos los contratos concertados en virtud del acuerdo marco[28].

CAPÍTULO VII. VÍAS DE RECURSO[29]

Artículo 58. Recurso de reconsideración[30]

El proveedor o contratista que sostenga haber sufrido o correr el riesgo de sufrir un daño o perjuicio imputable al incumplimiento de las disposiciones de la presente

---

[27] El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse la conveniencia de agregar al texto otras remisiones a las disposiciones del capítulo II relativas a la selección de la oferta ganadora.

[28] El Grupo de Trabajo tal vez prefiera insertar esta disposición en el proyecto de artículo 20 de la Ley Modelo revisada.

[29] Se ha suprimido una nota de pie de página correspondiente a este capítulo a fin de tener en cuenta la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/664, párr. 19).

[30] Este artículo se ha revisado para tener en cuenta las decisiones que adoptó el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/664, párrs. 25, 26 y 74).

Ley[31] podrá interponer un recurso de conformidad con los artículos 58 a 63 e impugnar ante los órganos competentes, conforme al derecho aplicable, toda decisión adoptada a raíz del recurso[32].

Artículo 59. Reconsideración por la entidad adjudicadora o por la autoridad que dio su aprobación[33]

1) El proveedor o contratista facultado para interponer un recurso de reconsideración con arreglo al artículo 58 podrá presentar un recurso administrativo jerárquico ante la entidad adjudicadora o, en su caso, ante la autoridad que dio su aprobación. Los recursos se presentarán por escrito siempre y cuando:

a) Los recursos relativos a las condiciones del pliego se interpongan antes de que expire el plazo para la presentación de las ofertas;

b) Todos los demás recursos suscitados por el procedimiento de contratación se interpongan antes de la entrada en vigor del contrato adjudicable en el plazo de [20][34] días a partir de la fecha en que el proveedor o contratista que interponga el recurso haya tenido conocimiento de las circunstancias que dieron lugar al recurso o de la fecha en que debió haber conocido tales circunstancias, si esta fuese anterior.

2) A menos que el recurso se dirima mediante acuerdo mutuo entre las partes, la entidad adjudicadora o, en su caso, la autoridad que dio su aprobación dictará por escrito, en un plazo de 30 días a partir de la fecha de presentación del recurso, una decisión en la cual:

a) Se enunciarán las razones en que se funde; y

b) Se comunicarán[35], de prosperar en todo en o en parte el recurso, las medidas correctivas que se adoptarán[36].

3) Si la entidad adjudicadora o la autoridad que dio su aprobación no dicta su decisión en el plazo indicado en el párrafo 2) del presente artículo, el proveedor o contratista que haya interpuesto el recurso o, según el caso, la entidad adjudicadora,

---

[31] Se ha sustituido la frase "imputable al incumplimiento de una obligación que la presente Ley imponga a la entidad adjudicadora" por los términos "imputable al incumplimiento de las disposiciones de la presente Ley", a fin de tener en cuenta la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/664, párr. 25).

[32] Sobre los motivos que justifican la inserción de la referencia al derecho de impugnación, véase el párrafo 74 del documento A/CN.9/664.

[33] Este artículo se ha revisado en función de las decisiones que adoptó el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/664, párrs. 28 a 33 y 65).

[34] El Grupo de Trabajo tal vez desee reducir ese plazo, habida cuenta de las disposiciones sobre el período de suspensión enunciadas en el artículo 19. A resultas de dicho plazo, y de las disposiciones del artículo 56 sobre la suspensión del procedimiento de contratación, los períodos de suspensión podrían llegar a tener una duración excesiva, de por lo menos 20 días.

[35] Se ha sustituido "indicarán" por "comunicarán" de conformidad con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/664, párr. 31).

[36] Se han sustituido las palabras "se han de adoptar" por "se adoptarán" de conformidad con la decisión adoptada en el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/664, párr. 31).

tendrá de inmediato la facultad para interponer un recurso de conformidad con el artículo 60 o el artículo 61. Al interponerse el nuevo recurso, la entidad adjudicadora o la autoridad que dio su aprobación dejará de ser competente para conocer de la cuestión.

Artículo 60. Recurso ante un órgano administrativo independiente[37, 38]

1) El proveedor o contratista facultado para interponer un recurso de reconsideración con arreglo al artículo 58 podrá interponer un recurso administrativo jerárquico ante [nombre del órgano administrativo].

2) Los recursos se presentarán por escrito en el plazo de [20] días a partir de la fecha en que el proveedor o contratista que interponga el recurso haya tenido conocimiento de las circunstancias que dieron lugar al recurso [originario] o de la fecha en que debió haber conocido tales circunstancias, si esta fuese anterior, siempre y cuando los recursos relativos a las condiciones del pliego se interpongan antes de que expire el plazo para la presentación de las ofertas.

3) Al presentarse en el plazo previsto un recurso conforme al artículo 60, quedará suspendido el plazo para la presentación de recursos en virtud del presente artículo mientras dure el procedimiento en sí con arreglo al artículo 59 hasta el plazo máximo que se fije para que la entidad adjudicadora o, en su caso, la autoridad que dio la aprobación adopte una decisión de acuerdo con el párrafo 2) del artículo 59 y la comunique al proveedor o contratista de conformidad con el párrafo 5) del artículo 62.

4) El [nombre del órgano administrativo] al cual se presente el recurso lo notificará sin dilación a la entidad adjudicadora y, en su caso, a la autoridad que dio su aprobación.

---

[37] Este artículo ha sido revisado para tener en cuenta las decisiones que adoptó el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/664, párrs. 35, 36, 39, 44, 53, 55 y 56).

[38] El título del artículo sustituye al título que tenía anteriormente ("recurso administrativo jerárquico"). Se ha suprimido una nota de pie de página correspondiente al artículo 54 (en la que se hacía mención de la posibilidad de que este artículo fuera optativo en función del tipo de ordenamiento jurídico de cada Estado promulgante). Estos cambios son consecuencia de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (véase A/CN.9/664, párr. 35). El Grupo de Trabajo tal vez desee insertar en ese lugar una nueva nota de pie de página del siguiente tenor:

> "* Los Estados cuyo ordenamiento jurídico no prevea la interposición de recursos administrativos jerárquicos contra actos, decisiones y procedimientos de carácter administrativo podrán omitir el artículo 61 e instituir únicamente el recurso contencioso-administrativo (artículo 64), siempre y cuando en el Estado promulgante exista un sistema eficaz para la presentación de recursos contencioso-administrativos, inclusive un sistema eficaz de apelaciones, que permita interponer recursos judiciales y obtener remedios en caso de que se incumplan las reglas y los procedimientos de contratación previstos en la presente Ley, de conformidad con los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción."

5) El [nombre del órgano administrativo], a menos que desestime el recurso, podrá conceder[39] uno o más de los siguientes remedios:

a) Indicar las normas jurídicas o los principios de derecho que rigen la cuestión a que se refiera el recurso;

b) Prohibir a la entidad adjudicadora que actúe o decida contra derecho o que aplique un procedimiento contrario a derecho;

c) Exigir a la entidad adjudicadora que haya actuado o procedido contra derecho, o haya adoptado una decisión contraria a derecho, que actúe o proceda conforme a derecho o que adopte una decisión conforme a derecho;

d) Revocar en todo o parte los actos o las decisiones contrarios a derecho de la entidad adjudicadora[40];

e) Revisar las decisiones contrarias a derecho de la entidad adjudicadora o sustituirlas por su propia decisión[41];

f) Ordenar el pago de una indemnización por

Variante I

Los gastos razonables que haya realizado el proveedor o contratista que presente el recurso en relación con el proceso de contratación a raíz de un acto, decisión o procedimiento contrario a derecho de la entidad adjudicadora;

Variante II

Los daños y perjuicios sufridos por el proveedor o contratista que presente el recurso en relación con el proceso de contratación;

g) Ordenar que se ponga término al proceso de contratación;

h) Anular el contrato de adjudicación que haya entrado en vigor de forma contraria a derecho[42] y, de haberse publicado el aviso de la adjudicación del contrato, ordenar la publicación de un aviso de anulación de la adjudicación.

6) El [nombre del órgano administrativo] dictará por escrito en un plazo de 30 días una decisión fundada en la que señalará los remedios que haya concedido.

7) La decisión será definitiva a menos que se interponga una acción con arreglo al artículo 63.

---

[39] Sobre el motivo por el que el Grupo de Trabajo, en su 14º período de sesiones, prefirió el verbo "conceder" a "recomendar" en la presente disposición, véase el párrafo 56 del documento A/CN.9/664.

[40] Sobre la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones de enmendar esta disposición de la Ley Modelo suprimiendo la frase "salvo aquellos por los cuales se disponga la entrada en vigor del contrato adjudicado", véase el párrafo 55 del documento A/CN.9/664.

[41] *Ibid.*, en lo que se refiere a la supresión de una frase similar en la presente disposición.

[42] Apartado agregado al texto a raíz de lo decidido por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párrs. 53 a 55).

Artículo 61. Ciertas normas aplicables a los procedimientos de examen de recursos previstos en los artículos 59 y 60[43]

1) El órgano encargado de la reconsideración notificará sin demora a todos los proveedores o contratistas que participen en el proceso de contratación respecto del cual se haya presentado el recurso, así como a cualquier autoridad gubernamental cuyos intereses se vean o pudieran verse afectados, que se ha presentado un recurso, especificando sus elementos esenciales.

2) Tendrá derecho a participar en la sustanciación del recurso cualquier proveedor o contratista o cualquier autoridad gubernamental. El proveedor o contratista o la autoridad gubernamental que no hayan participado en el recurso no podrán interponer ulteriormente uno de la misma índole.

3) Los participantes en los procedimientos de reconsideración tendrán acceso a todas las actuaciones y tendrán derecho a ser oídos antes de que el órgano competente adopte una decisión sobre el recurso, a estar representados y acompañados y a solicitar que el procedimiento tenga lugar a puertas abiertas con testigos que presten declaración[44].

4) Cuando corresponda dirimir el recurso a la autoridad que dio su aprobación o a [nombre del órgano administrativo], la entidad adjudicadora deberá proporcionar en su debido momento al órgano competente todos los documentos pertinentes, inclusive el expediente del proceso de contratación[45].

5) En el plazo de cinco días a partir de la adopción de la decisión del órgano que dirima el recurso de reconsideración, se dará copia de la decisión a los participantes en el procedimiento de reconsideración. Además, una vez dictada la decisión, deberán quedar a la brevedad a disposición del público, para su consulta, los textos del recurso y de la decisión, con excepción de los datos cuya divulgación sea contraria a derecho, pueda entorpecer la acción de la justicia, sea contraria al interés público, vaya en detrimento de intereses comerciales legítimos de las partes o ponga trabas a la libre competencia.

6) Se consignarán en el expediente del proceso de contratación las decisiones que adopte el órgano encargado de dirimir el recurso, así como los motivos y las circunstancias en que se funden[46].

---

[43] Este artículo ha sido revisado para ajustarlo al contenido de las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párrs. 59 y 60).

[44] Este párrafo se basa en el párrafo 6) del artículo XVIII del Acuerdo sobre Contratación Pública revisado, que el Grupo de Trabajo examinó en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párr. 59).

[45] Este párrafo se ha agregado al texto a raíz de la observación pertinente que se hizo en el 14º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/664, párrafo 60).

[46] Este párrafo, agregado al texto, se basa en lo dispuesto en el párrafo 5) del artículo 56 de la Ley Modelo.

Artículo 62. Suspensión del proceso de contratación[47]

1) La presentación oportuna de un recurso dejará en suspenso el proceso de contratación durante el período que determine el órgano encargado de dirimirlo[48]:

a) Siempre que el recurso no sea temerario y contenga una declaración que, de ser corroborada, demuestre que el proveedor o contratista sufrirá un daño irreparable de no decretarse la suspensión, y demuestre además que el recurso tiene probabilidades de prosperar y que la suspensión del proceso no causará un daño o perjuicio desproporcionado a la entidad adjudicadora ni a los demás proveedores o contratistas;

b) A menos que la entidad adjudicadora certifique que el procedimiento debe seguir adelante por consideraciones urgentes de interés público. Esta certificación, en la cual se harán constar las razones por las cuales se afirme la existencia de esas consideraciones urgentes y que será consignada en el expediente del proceso de contratación, será definitiva en todas las instancias de la vía administrativa y solo podrá impugnarse por la vía contencioso-administrativa[49].

2) El órgano que dirima el recurso podrá prorrogar el período de suspensión previsto, a fin de salvaguardar los derechos del proveedor o contratista que presente el recurso o entable la acción en tanto se dirime el recurso, siempre y cuando la suspensión no exceda en total del período de que disponga el órgano competente para adoptar su decisión de conformidad con el artículo 60 o con el artículo 61, según corresponda[50].

3) La decisión relativa a la suspensión o a la prórroga de la suspensión se comunicará sin demora a todos los participantes en el procedimiento de reconsideración, indicándose la duración de la suspensión o de la prórroga[51]. Cuando se decida no suspender el procedimiento de contratación por los motivos indicados en el párrafo 1) del presente artículo, el órgano competente notificará al proveedor o contratista interesado la decisión adoptada y los motivos en que esté fundada.

---

[47] Este artículo se ha revisado con objeto de plasmar en él las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párrs. 61 a 73). Si bien se formuló la propuesta de suprimir el artículo y de insertar las disposiciones pertinentes en los artículos 53 y 54, según corresponda, la Secretaría, a fin de evitar repeticiones en los artículos 53 y 54, decidió mantener, en un artículo separado, las disposiciones, que son igualmente aplicables a los procedimientos previstos tanto en el artículo 53 como en el artículo 55.

[48] Las disposiciones reflejan la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párr. 65).

[49] Las disposiciones de ambos apartados se ajustan a las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párr. 68).

[50] Estas disposiciones se ajustan a la decisión adoptada por el Grupo de trabajo en su 14º período de sesiones en el sentido de que el período de suspensión debería armonizarse con la duración del período asignado al órgano encargado de la reconsideración para hacer pública su decisión (una duración máxima de 30 días) (A/CN.9/664, párrs. 64 y 69).

[51] Esta disposición se ha agregado al texto a raíz de la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párr. 65).

Artículo 63. Recurso contencioso-administrativo

El [nombre del tribunal o los tribunales] será competente para conocer de las acciones entabladas con arreglo al artículo 58 y de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan ante órganos administrativos jerárquicos contra decisiones adoptadas por ellos o en razón de no haber adoptado una decisión en el plazo fijado, de conformidad con el artículo 59 o el artículo 60.

A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.5 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 15º período de sesiones

ADICIÓN

La presente nota contiene un cuadro que muestra la correlación entre los artículos de la Ley Modelo revisada y los artículos de la Ley Modelo de 1994, así como los nuevos artículos considerados por el Grupo de Trabajo hasta la fecha.

Artículo de la Ley Modelo revisada	**Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994**	**Nuevas disposiciones consideradas por el Grupo de Trabajo**
Capítulo I. DISPOSICIONES GENERALES	**Capítulo I. DISPOSICIONES GENERALES**	
Artículo 1. Ámbito de aplicación	Artículo 1. Ámbito de aplicación	
Artículo 2. Definiciones	Artículo 2. Definiciones	
Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado relativas a la contratación pública [y acuerdos intergubernamentales en el interior (del Estado)]	Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado relativas a la contratación pública [y acuerdos intergubernamentales en el interior (del Estado)]	
Artículo 4. Reglamentación de la contratación pública	Artículo 4. Reglamentación de la contratación pública	
Artículo 5. Publicación de textos jurídicos	Artículo 5. Acceso del público a los textos normativos	Artículo 5, tal y como fue aprobado provisionalmente por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 30 a 34), salvo el párrafo 3), que fue convertido en un artículo 6 diferenciado (ver *infra*)
Artículo 6. Información sobre contratos próximamente adjudicables		Artículo 5. Publicación de textos jurídicos, párrafo 3)

Artículo de la Ley Modelo revisada	**Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994**	**Nuevas disposiciones consideradas por el Grupo de Trabajo**
Artículo 7. Reglas relativas a los métodos de contratación pública y tipos de convocatoria (disposiciones nuevas, basadas en el texto de 1994)	Artículo 18, apartados a) y b) del artículo 17, apartado a) del párrafo 1) del artículo 19, artículo 22, apartados a) y b) del artículo 23, y párrafo 2) y apartado c) del párrafo 3) del artículo 37, así como el comentario de la Guía al artículo 22 (base de las nuevas disposiciones)	
Artículo 8. Comunicaciones en la contratación pública	Sustituye al artículo 9. Forma de las comunicaciones	Artículo 5 *bis*, tal y como fue aprobado provisionalmente por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 17 a 25)
Artículo 9. Participación de proveedores y contratistas	Artículo 8. Participación de proveedores o contratistas	
Artículo 10. Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas	Artículo 6. Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas Artículo 10. Documentos probatorios presentados por proveedores o contratistas	
Artículo 11. Reglas relativas a la descripción del objeto del contrato adjudicable	Artículo 16. Reglas relativas a la descripción de los bienes, obras o servicios	
Artículo 12. Reglas relativas a los criterios de evaluación (disposiciones nuevas, basadas en el texto de 1994)	Apartado e) del artículo 27, párrafo 4) del artículo 34, apartado m) del artículo 38, artículo 39 y párrafo 3) del artículo 48 (base de las nuevas disposiciones)	
Artículo 13. Reglas relativas al idioma utilizado en los pliegos de condiciones	Artículo 17. Idioma	
Artículo 14. Garantías	Artículo 32. Garantías de la oferta	
Artículo 15. Procedimiento de precalificación	Artículo 7. Precalificación. También los artículos 23, 24 y 25, que contienen disposiciones relativas a la precalificación	
Artículo 16. Rechazo de todas las ofertas	Artículo 12. Rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones	

Artículo de la Ley Modelo revisada	**Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994**	**Nuevas disposiciones consideradas por el Grupo de Trabajo**
Artículo 17. Rechazo de las ofertas anormalmente bajas		Basado en el artículo 12 *bis*, aprobado provisionalmente por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 44 a 55)
Artículo 18. Rechazo de una oferta por razón de los incentivos ofrecidos por el proveedor y contratista o por haber algún conflicto de intereses	Artículo 15. Incentivos ofrecidos por proveedores o contratistas	Conflictos de intereses (A/CN.9/664, párr. 116)
Artículo 19. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato	Artículo 13. Entrada en vigor del contrato adjudicado Artículo 36. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato	Período de parálisis (A/CN.9/664, párrs. 45 a 55 y 72)
Artículo 20. Anuncio público de los contratos adjudicados y de todo acuerdo marco concertado	Artículo 14. Anuncio público de las adjudicaciones de contratos	
Artículo 21. Confidencialidad (nuevo texto, basado en la Ley Modelo de 1994)	Artículo 45 (base de las nuevas disposiciones)	
Artículo 22. Expediente del procedimiento de contratación	Artículo 11. Expediente del proceso de contratación	Apartado b) *bis* del párrafo 1) aprobado provisionalmente por el Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones (A/CN.9/595, párr. 49) Apartado i) *bis* del párrafo 1), aprobado provisionalmente por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 11º y 12º (A/CN.9/623, párr. 100, y A/CN.9/640, párr. 91) Reestructuración del párrafo 3) según la propuesta hecha por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párr. 90). El Grupo de Trabajo no consideró en detalle las disposiciones reestructuradas, presentadas en el documento A/CN.9/WG.I/WP.59

Artículo de la Ley Modelo revisada	**Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994**	**Nuevas disposiciones consideradas por el Grupo de Trabajo**
	Capítulo II. MÉTODOS DE CONTRATACIÓN Y CONDICIONES PARA SU APLICACIÓN. Ha sido suprimido (los artículos 18 y 22 han quedado reflejados en el nuevo artículo 7, el contenido de los restantes artículos se encuentra reflejado en las disposiciones pertinentes de los capítulos III y IV)	
Capítulo II. PROCESO DE LICITACIÓN	**Capítulo III. PROCESO DE LICITACIÓN**	
Artículos 23 a 31	Artículos 23 a 31, con los cambios arrastrados	
	Artículo 32. Garantías de la oferta se ha convertido en el artículo 14. Garantías y se ha incluido en el capítulo I. Disposiciones generales, a fin de hacerlo aplicable a todos los métodos de contratación	
Artículos 32 a 34	Artículos 33 a 35, con algunos cambios arrastrados	
	Artículo 36. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato se ha convertido en el artículo 19 y se ha situado en el capítulo I. Disposiciones generales, a fin de hacerlo aplicable a todos los métodos de contratación	
CAPÍTULO III. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA LICITACIÓN RESTRINGIDA, LA LICITACIÓN CON DOS SOBRES Y LA SOLICITUD DE COTIZACIONES	Capítulo II, artículos 20 y 21; artículo 42 y otras disposiciones pertinentes del capítulo IV; y capítulo V, artículos 47 y 50	

Artículo de la Ley Modelo revisada	Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994	Nuevas disposiciones consideradas por el Grupo de Trabajo
[CAPÍTULO IV. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA LICITACIÓN EN DOS ETAPAS, LA SOLICITUD DE PROPUESTAS Y LA NEGOCIACIÓN COMPETITIVA] **[puede aplazarse su consideración]**	Capítulo II, artículo 19; artículos 43 y 44 y otras disposiciones pertinentes del capítulo IV; capítulo V, artículos 46, 48 y 49; y las disposiciones pertinentes de los instrumentos sobre PIFP	
CAPÍTULO V. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LA SUBASTA ELECTRÓNICA INVERSA	Nuevo	Artículos 22 *bis* y 51 *bis* a *septies* (véase A/CN.9/WG.I/WP.59, A/CN.9/WG.I/WP.61, párr. 17, y A/CN.9/640, párrs. 56 a 89), con los cambios arrastrados
CAPÍTULO VI. ACUERDOS MARCO	Nuevo	Artículos 22 *ter* y 51 *octies* a *quindecies* (véase A/CN.9/WG.I/WP.62 y A/CN.9/644, párrs. 75 a 110), con los cambios arrastrados
CAPÍTULO VII. VÍAS DE RECURSO	Capítulo VI, revisado por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párrs. 19 a 74)	

H. Informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública sobre la labor realizada en su 16º período de sesiones (Nueva York, 26 a 29 de mayo de 2009)

(A/CN.9/672) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-6
II.	Organización del período de sesiones	7-12
III.	Deliberaciones y decisiones	13
IV.	Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios	14-120
	A. Examen de propuestas relativas al capítulo IV de la Ley Modelo revisada (métodos de contratación mediante negociaciones)	14-120
	1. Presentación de una propuesta	14-30
	2. Examen de la propuesta por el Grupo de Trabajo	31-69
	3. Examen de la propuesta revisada en el Grupo de Trabajo	70-120
V.	Otros asuntos	121-123
VI.	Aprobación del informe del Grupo de Trabajo	124

I. Introducción

1. En su 37º período de sesiones, celebrado en 2004, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la "Comisión") encomendó a su Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) la tarea de formular propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI de 1994 sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la "Ley Modelo", A/49/17 y Corr.1, anexo I). Se dio al Grupo de Trabajo I un mandato flexible consistente en determinar las cuestiones que habrían de examinarse en sus consideraciones, inclusive la previsión de nuevas prácticas de contratación pública, en particular las resultantes de la utilización de comunicaciones electrónicas (A/59/17, párr. 82). El Grupo de Trabajo comenzó su labor de preparación de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo en su sexto período de sesiones (Viena, 30 de agosto a 3 de septiembre de 2004) (A/CN.9/568). En esa misma reunión, decidió proceder, en sus ulteriores períodos de sesiones, a un examen en profundidad de los temas presentados en A/CN.9/WG.I/WP.31 y A/CN.9/WG.I/WP.32, examinándolos uno a continuación del otro (A/CN.9/568, párr. 10)

2. En sus períodos de sesiones séptimo a 13º (Nueva York, 4 a 8 de abril de 2005; Viena, 7 a 11 de noviembre de 2005; Nueva York, 24 a 28 de abril de 2006; Viena, 25 a 29 de septiembre de 2006; Nueva York, 21 a 25 de mayo de 2007; Viena, 3 a 7 de septiembre de 2007; y Nueva York, 7 a 11 de abril de 2008, respectivamente) (A/CN.9/575, A/CN.9/590, A/CN.9/595, A/CN.9/615, A/CN.9/623, A/CN.9/640 y A/CN.9/648), el Grupo de Trabajo examinó los temas relacionados con el empleo de las comunicaciones y tecnologías electrónicas en la contratación pública, es decir: a) el empleo de los medios electrónicos de comunicación en el proceso de contratación, incluido el intercambio de comunicaciones por vía electrónica, así como la presentación de ofertas por medios electrónicos, la apertura de ofertas, la celebración de reuniones y el almacenamiento de información, así como las medidas de control exigibles para tales prácticas; b) aspectos relativos a la publicación de información acerca de todo contrato adjudicable, así como la posible ampliación del alcance del artículo 5 para ocuparse de la publicación de contratos próximamente adjudicables; y c) la subasta electrónica inversa, haciéndose particular referencia a la posibilidad de que ese método sea tratado como una fase optativa de otros métodos de contratación o como un método autónomo de contratación, así como a los criterios que han de observarse si se recurre a la subasta electrónica inversa, los tipos de contrato a los que será aplicable y los aspectos procesales de su empleo.

3. En sus períodos de sesiones séptimo, octavo y décimo a 12º, el Grupo de Trabajo examinó además las cuestiones relativas a las ofertas anormalmente bajas, inclusive la de su pronta detección en el proceso de contratación y la prevención de las consecuencias negativas de tales ofertas.

4. En sus períodos de sesiones 13º y 14º (Nueva York, 7 a 11 de abril de 2008, y Viena, 8 a 12 de septiembre de 2008), el Grupo de Trabajo realizó un examen en profundidad de la cuestión de los acuerdos marco. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo deliberó también sobre la cuestión de las listas de proveedores y decidió que este tema no se abordaría en la Ley Modelo, por razones que se expondrían en la Guía para su incorporación al derecho interno. En su 14º período de sesiones, el Grupo de Trabajo llevó también a cabo un examen a fondo de las vías de recurso administrativo y judicial y de la vía ejecutoria y abordó el tema de los conflictos de intereses.

5. En su 15º período de sesiones (Nueva York, 2 a 6 de febrero de 2009), el Grupo de Trabajo concluyó la primera lectura del texto revisado de la Ley Modelo, excepto su capítulo IV. Tomó nota de que se había de llevar a cabo cierta labor de investigación acerca de algunas de las disposiciones, con miras, en particular, a cerciorarse de que serían compatibles con otros instrumentos internacionales pertinentes.

6. En sus períodos de sesiones 38º a 41º, celebrados de 2005 a 2008, la Comisión elogió al Grupo de Trabajo por los progresos realizados en su labor y reafirmó su apoyo al examen que se estaba realizando y a la inclusión en la Ley Modelo de prácticas de contratación novedosas (A/60/17, párr. 172; A/61/17, párr. 192; A/62/17, Primera parte, párr. 170; y A/63/17, párr. 307). En su 39º período de sesiones, la Comisión recomendó al Grupo de Trabajo que, al actualizar la Ley Modelo y la Guía para su incorporación al derecho interno ("la Guía"), tuviera en cuenta los problemas que planteaban los conflictos de intereses y estudiara si estaría justificado incorporar a la Ley Modelo disposiciones destinadas a resolver esos

problemas (véase A/61/17, párr. 192). En su 40º período de sesiones, la Comisión recomendó al Grupo de Trabajo que aprobara un programa bien definido para sus próximos períodos de sesiones a fin de acelerar el avance de su labor (A/62/17, Primera parte, párr. 170). En su 41º período de sesiones, la Comisión invitó al Grupo de Trabajo a que agilizara su labor con miras a concluir el proyecto, de modo que pudiera finalizarse y adoptarse en un plazo razonable la Ley Modelo revisada y su correspondiente Guía para la incorporación al derecho interno (A/63/17, párr. 307).

II. Organización del período de sesiones

7. El Grupo de Trabajo, que se compone de todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 16º período de sesiones en Nueva York del 26 al 29 de mayo de 2009. Asistieron al período de sesiones los representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Austria, Belarús, Bulgaria, Camerún, Canadá, China, Egipto, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Grecia, Guatemala, Honduras, Irán (República Islámica del), Italia, Kenya, Madagascar, Marruecos, México, Pakistán, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Republica Checa, República de Corea, Senegal, Sudáfrica y Venezuela (República Bolivariana de).

8. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Afganistán, Bangladesh, Bélgica, Croacia, Filipinas, Indonesia, Jordania, Santa Sede, Suecia y Turquía.

9. Asistieron además al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial y Organización Mundial del Comercio;

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Comisión Europea y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos;

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas*: American Bar Association, Asociación Internacional de Abogados, Federación Internacional de Ingenieros Consultores (FIDIC), Foro de Conciliación y Arbitraje Internacional C.I.C. (FICACIC), Instituto de Derecho Internacional y la Union Internationale des Avocats.

10. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

Presidente: Sr. Tore WIWEN-NILSSON[1] (Suecia)

Relatora: Sra. Ligia GONZÁLEZ LOZANO (México)

11. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.I/WP.67);

b) Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios – labor preparatoria de algunas

[1] Elegido a título personal.

disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y tratamiento dado a las cuestiones suscitadas por algunas de esas disposiciones en otros instrumentos internacionales aplicables a la contratación pública (A/CN.9/WG.I/WP.68 y Add.1);

c) Posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios - texto revisado de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.I/WP.69 y Add.1 a Add.5).

12. 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

13. En su 16º período de sesiones, el Grupo de Trabajo siguió estudiando y mejorando las propuestas para la revisión de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo examinó propuestas relativas al artículo 40 de la Ley Modelo revisada que trataban de un nuevo método propuesto de contratación: el diálogo competitivo. El Grupo de Trabajo convino en los principios en que habrían de basarse las disposiciones y en la mayor parte del texto que se recogería en el presente informe, y pidió a la Secretaría que revisara las disposiciones a fin de ajustar su texto al del resto de la Ley Modelo. Se encomendó también a la Secretaría la redacción de nuevas disposiciones para el capítulo I referentes, por ejemplo, a las solicitudes de manifestaciones de interés y a la cancelación del proceso de contratación, con el fin de que fueran examinadas ulteriormente. El Grupo de Trabajo pidió asimismo a la Secretaría que enmendara algunas disposiciones del capítulo I, como las relativas al expediente del procedimiento de contratación, al carácter confidencial de la información, a los criterios de evaluación y a los avisos públicos de la adjudicación de contratos, así como disposiciones del capítulo II relativas a las aclaraciones y modificaciones de los pliegos de condiciones, habida cuenta de lo dispuesto en relación con el diálogo competitivo.

IV. Examen de las propuestas para la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios

A. Examen de propuestas relativas al capítulo IV de la Ley Modelo revisada (métodos de contratación mediante negociaciones)

1. Presentación de una propuesta

14. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición una propuesta de capítulo IV de la futura Ley Modelo revisada, presentada por las delegaciones de Austria, los Estados Unidos de América, Francia y el Reino Unido, titulada "Artículo 40: solicitud de propuestas en el marco de una negociación competitiva".

15. Al presentar la propuesta, una de las delegaciones patrocinadoras declaró que el documento que se examinaba se basaba en la propuesta que se había presentado al Grupo de Trabajo en su anterior período de sesiones y en la que se unificaban los artículos 48 y 49 de la Ley Modelo de 1994. Se recordó que, en aquel período de sesiones, el Grupo de Trabajo había decidido aplazar el examen del capítulo IV hasta una etapa ulterior (véase A/CN.9/668, párrs. 209 a 212). Se observó que la propuesta tenía la finalidad de servir de base para las deliberaciones que mantuviera el Grupo de Trabajo sobre el método de la negociación competitiva.

16. Se recordó que la Ley Modelo de 1994 contenía disposiciones relativas a la negociación competitiva (artículo 49), pero que se consideraba que ese método no estaba suficientemente regulado para asegurar la transparencia y la igualdad de tratamiento de todos los participantes. Habida cuenta de los beneficios económicos que podía reportar una negociación competitiva en la contratación de obras y servicios complejos, las delegaciones patrocinadoras hicieron hincapié en la necesidad de que la Ley Modelo permitiera a las entidades adjudicadoras recurrir a este método de contratación. Los patrocinadores reconocieron que la negociación competitiva presuponía un grado importante de discreción por parte de las entidades adjudicadoras a la hora de adoptar decisiones y que, por consiguiente, entrañaba mayores riesgos de corrupción y de abusos que otros procedimientos menos flexibles. No obstante, se indicó que este método de contratación había resultado valioso y ventajoso para la entidad adjudicadora al permitirle lograr la solución óptima para sus necesidades de contratación y que, por consiguiente, tanto los países desarrollados como los países en desarrollo podrían beneficiarse de ese método. También se puso de relieve que debería tenerse en cuenta el costo de oportunidad que supondría el hecho de no prever ese tipo de negociación.

17. Ante el problema de los mayores riesgos de corrupción y abusos que entrañaba el recurso a este método, se señaló la necesidad de prever un marco reglamentario adecuado y de que existiera un marco institucional apropiado que sustentara esa práctica, concretamente disposiciones que previnieran los sobornos e instituciones encargadas de hacerlas cumplir; una función independiente de auditoría; un papel activo de la sociedad civil (inclusive una función de supervisión por los medios de comunicación); un sistema político que combatiera enérgicamente los casos de abusos; un sólido sistema de recursos y remedios; una reglamentación eficaz para los casos de conflictos de interés, y un personal de contratación pública muy

preparado y profesional. En otras palabras, era preciso que hubiera un buen sistema de gestión y una alta eficacia administrativa.

18. Se puso de relieve la importancia de que se preservara la flexibilidad y el grado de discreción necesarios para la entidad adjudicadora cuando recurriera a la negociación competitiva, lo cual incrementaría los beneficios de ese método. Se consideró en general que, al mismo tiempo, había que prever salvaguardias contra todo abuso o utilización indebida de este método de contratación. Se observó que las salvaguardias podían revestir diversas formas, concretamente: a) el requisito de avisos públicos al principio del procedimiento, durante el mismo y al término de este por los que se dieran a conocer las decisiones esenciales adoptadas en el procedimiento de contratación como, por ejemplo, la modificación de los criterios o de las especificaciones; b) la especificación de requisitos para recurrir al método; c) la imposición de un número mínimo de participantes con los que se llevaran a cabo negociaciones; d) la determinación de la forma de las negociaciones (por ejemplo, ¿deberían permitirse negociaciones concurrentes y consecutivas a la vez? Se señaló que, a juicio de las delegaciones patrocinadoras, las negociaciones concurrentes garantizaban el resultado más ventajoso, así como la igualdad de tratamiento, por lo que eran preferibles); e) la reglamentación de los procedimientos para la presentación de las mejores ofertas definitivas, determinándose si cabría o no prever una o varias rondas de presentación de las mejores ofertas definitivas; f) el establecimiento de las reglas que rigieran las especificaciones y los criterios de evaluación, inclusive el grado en que cabría hacer modificaciones; y g) un sistema por el que se llevaran exhaustivamente los expedientes.

19. Se mencionó que, si bien era necesario prever salvaguardias mínimas en la utilización de este método de contratación, también era preciso reconocer que las salvaguardias procesales no serían por sí solas suficientes, a menos que estuvieran respaldadas por un marco institucional y reglamentario apropiado, tal como se ha mencionado en el párrafo 17 *supra*. Se señaló la experiencia del Banco Mundial, una institución que prestaba asistencia técnica para la reforma de los sistemas de contratación pública. Según esa experiencia, el establecimiento de marcos institucionales y de salvaguardias para condicionar el recurso a este método había resultado ser una de las reformas de más difícil aplicación. Se respondió que era preciso establecer salvaguardias sólidas contra la utilización de prácticas indebidas en todos los métodos de contratación y que en los últimos años se habían realizado importantes reformas en algunos Estados para introducir las salvaguardias necesarias.

20. Se opinó que, al estudiarse los aspectos de este método de contratación, no debería descuidarse el contexto en el que se regularía el método en la Ley Modelo, concretamente el hecho de que la negociación competitiva sería uno de los recursos de que dispondría la entidad adjudicadora. Se explicó que, en virtud de la Ley Modelo revisada, la entidad adjudicadora estaría obligada a elegir el método de contratación idóneo teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso. Se agregó que normalmente la negociación competitiva entraña procedimientos engorrosos y de larga duración, por lo que solo debería recurrirse a ella cuando fuera apropiada, y no en los casos simples en que habitualmente se contrata mediante licitación. Se opinó que la negociación competitiva sería apropiada para una contratación en que se requiriera una solución adaptada al caso (se citó el ejemplo de un sistema de tecnología de información para archivar expedientes jurídicos, que requería un

acceso a largo plazo), y cuando fuera importante adjudicar el contrato en función de una calificación o competencias óptimas.

21. Por otra parte, se observó que esta propuesta no englobaría a todas las situaciones en que pudiera requerirse negociación, como en el caso de las mencionadas en los párrafos 1) d) y 2) del artículo 19 de la Ley Modelo de 1994, particularmente en el contexto de una contratación urgente. Se puso de relieve también que en la Ley Modelo revisada deberían especificarse las condiciones requeridas para cada uno de los métodos basados en la negociación.

22. Se señaló que el método de contratación propuesto preveía a menudo las siguientes etapas: a) una solicitud optativa de manifestaciones de interés; b) la publicación de las condiciones para la presentación de ofertas, del reglamento y, en caso de preverse una etapa de precalificación, de las condiciones para la precalificación; c) alguna forma de precalificación o preselección, especialmente cuando cupiera esperar que manifestara interés en participar un número de candidatos superior al número óptimo; d) la publicación de la solicitud de propuestas y su comunicación a los candidatos que se hubieran seleccionado para las negociaciones; e) un diálogo competitivo concurrente; f) la conclusión de las negociaciones con la solicitud de las mejores ofertas definitivas; y g) la adjudicación del contrato.

23. Se explicó que se pretendía que la solicitud de manifestaciones de interés fuera facultativa, a fin de tantear, cuando fuera necesario, las condiciones del mercado para determinar si este podía responder a las necesidades de la entidad adjudicadora. Se señaló además que la solicitud de manifestaciones de interés no obligaba en modo alguno a la entidad adjudicadora a proceder a la contratación ni confería derecho alguno a los proveedores o contratistas que respondieran a la solicitud de manifestaciones de interés. Se objetó que, en algunos ordenamientos jurídicos, la expresión "solicitud de manifestaciones de interés" se empleaba para describir la etapa obligatoria a raíz de la cual se entablaba la negociación competitiva. A fin de evitar confusiones, se sugirió que, en esta propuesta, se empleara una expresión distinta (sobre esta misma cuestión, véanse también los párrafos 38 a 44 *infra*).

24. Se explicó además que, en la etapa en que se publicaran las condiciones de contratación, el reglamento y (en caso de que hubiera etapa de precalificación) las condiciones de precalificación, las necesidades de la entidad adjudicadora se definirían por lo común en términos generales (como indicadores de resultados). Se indicó que estas necesidades se irían afinando durante las negociaciones, pero que, en algunos casos, era posible que fueran más concretas desde el principio. Por otra parte, se observó que los criterios de evaluación y la ponderación relativa asignada a cada criterio habrían de definirse y no podrían modificarse durante el proceso.

25. Se agregó que normalmente se consideraría una buena práctica el hecho de prever una etapa de precalificación para evaluar las competencias y la idoneidad de los proveedores o contratistas para satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora antes de que se iniciaran las negociaciones. En este contexto, se señaló que la precalificación podría entrañar una preselección en el sentido de que, entre los candidatos precalificados, se elegirían a los tres o cinco proveedores mejor puntuados para participar en las negociaciones. Sin embargo, se puso de relieve que la entidad adjudicadora habría de reservarse esta posibilidad desde el principio y dar a conocer los criterios y el procedimiento para la preselección, que deberían ser

objetivos y no discriminatorios. En lo que respecta al número óptimo de participantes, se observó que, en la práctica, la negociación con más de cinco candidatos había resultado muy engorrosa e inviable, por lo que normalmente se seleccionaría, como máximo, a cinco participantes y la cifra mínima conveniente sería de tres. Se sugirió que se dejara al arbitrio de la entidad adjudicadora la determinación del número máximo de proveedores con los que habría de negociar.

26. Se explicó asimismo que la solicitud de propuestas se enviaba a todos los proveedores a los que se hubiera admitido en las negociaciones; se les daría tiempo para preparar sus propuestas; y una vez presentadas las propuestas, las negociaciones tendrían lugar de manera concurrente con todos los demás participantes. Se observó que, por lo general, las negociaciones eran llevadas a cabo por un comité integrado por las mismas personas para cada proveedor, a fin de lograr resultados coherentes. Además de este criterio de eficiencia, se consideraba que la realización de negociaciones mediante comités constituía una medida fundamental para evitar toda corrupción. Se hizo hincapié en la importancia de que en esta etapa se tratara por igual a todos los participantes. Se señaló que, en la práctica, la igualdad de tratamiento significaba, por ejemplo, que el mismo tema fuera examinado concurrentemente con los participantes y que ese examen tuviera la misma duración para todos ellos.

27. Se explicó que las negociaciones competitivas podían prever varias rondas o etapas de negociaciones al término de las cuales podían perfeccionarse las especificaciones y darse a los participantes la oportunidad de modificar sus propuestas en función de las especificaciones afinadas y de las preguntas y observaciones formuladas por el comité durante las negociaciones. Cabía la posibilidad de que algunos participantes decidieran abandonar las negociaciones o de que la entidad adjudicadora los excluyera de ulteriores negociaciones si estimaba que no eran candidatos idóneos para el objeto del contrato adjudicable. Una vez concluidas las negociaciones, se daría a los participantes restantes igualdad de oportunidades para presentar sus mejores ofertas definitivas sobre la base de sus propuestas.

28. A la pregunta de si el precio estaba sujeto a negociación se respondió que en todos los casos se daría un precio preliminar en la etapa inicial y que el precio final siempre se especificaba en la mejor oferta definitiva. Si bien las negociaciones solían centrarse primordialmente en aspectos técnicos, en algunos casos no era posible disociar el criterio del precio de los demás criterios. Se opinó que no debería excluirse la opción de negociar el precio, especialmente en situaciones en que las condiciones del mercado permitieran a la entidad adjudicadora utilizar el precio como factor de negociación y en que incluso la alentaran a hacerlo. Sin embargo, se subrayó que en ningún caso debería revelarse a un proveedor el precio ofrecido por otro ni ningún otro dato delicado desde el punto de vista comercial.

29. En respuesta a una pregunta, las delegaciones patrocinadoras confirmaron que el tenor de la propuesta se ajustaba a lo dispuesto en el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC y en el ACP provisional de 2006[2], pero que las disposiciones que permitieran reducir el número de participantes serían estudiadas

---

[2] Documento GPA/W/297, que a partir de la fecha del presente informe puede consultarse en el sitio www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

en detalle cuando el Grupo de Trabajo examinara las partes pertinentes de la propuesta. Se señaló que algunos de los requisitos del actual ACP no figuraban en el ACP provisional de 2006, lo cual daba a entender que se pretendía facilitar el recurso a las negociaciones en la contratación pública.

30. En respuesta a otra pregunta, se explicó que la propuesta no tenía la finalidad de sustituir las disposiciones sobre las vías de recurso previstas en la Ley Modelo. Por consiguiente, se señaló que las quejas presentadas por los proveedores o contratistas excluidos del proceso debían tramitarse de conformidad con las disposiciones aplicables de la Ley Modelo.

2. Examen de la propuesta por el Grupo de Trabajo

31. El Grupo de Trabajo procedió a examinar la propuesta párrafo por párrafo, señalando que se basaba en una síntesis de varias disposiciones nacionales, y no en un texto internacional.

Párrafo 1)

32. El texto del párrafo 1) propuesto, en el que se trataban las condiciones para recurrir al procedimiento, era el siguiente:

> "1) [A reserva de que lo apruebe ... (el Estado promulgante podrá designar la autoridad que dará su aprobación)], una entidad adjudicadora podrá entablar un proceso de contratación mediante una solicitud de propuestas con negociación competitiva cuando dicha entidad no pueda formular una descripción o especificaciones detalladas del objeto de la contratación cuando:
>
> a) Debido a la naturaleza técnica del objeto de la contratación, sea necesario que la entidad adjudicadora convoque varias rondas de propuestas de los vendedores con miras a negociar mejoras en el precio o mejoras técnicas;
>
> b) La naturaleza o el grado de desarrollo del sector pertinente de los proveedores o contratistas sea muy poco conocido o haga necesario que la entidad adjudicadora exija una contribución esencial del sector antes de poder finalizar las especificaciones o la descripción del objeto de la contratación;
>
> c) El objeto de la contratación o el método de entrega elegido por la entidad adjudicadora sea [complejo y tenga] muchos aspectos o requiera un alto grado de adaptación al cliente;
>
> d) El objeto de la contratación sea [complejo y] dinámico y el período de vigencia del contrato sea suficientemente largo, de modo que sea probable que las especificaciones varíen durante la vigencia del contrato [en función de los adelantos tecnológicos]; o
>
> e) Los sectores pertinentes de los proveedores o contratistas no tengan criterios [uniformes] [similares] en cuanto a la política de precios o a la entrega del objeto de la contratación."

33. Respecto de las condiciones para recurrir a este procedimiento:

a) Se puso de relieve la necesidad de fijar las condiciones en la Ley Modelo (más que en la Guía para la incorporación al derecho interno), de modo que fueran una salvaguardia importante al recurrir al procedimiento. A este respecto se señaló

que en los requisitos deberían indicarse los tipos de contratación para los que el procedimiento resultara apropiado.

b) Se formuló una pregunta sobre el requisito de aprobación por una alta autoridad (insertado entre corchetes en la introducción del párrafo), y también sobre si esa autoridad debería estar también facultada para supervisar el procedimiento. Las delegaciones patrocinadoras que presentaron la propuesta subrayaron la necesidad de que fuera aprobado por una entidad independiente, que pudiera prohibir la negociación competitiva en caso de que no existiera el marco institucional apropiado o de que la entidad adjudicadora no dispusiera de la capacidad e integridad necesarias, todo ello sobre la base de los criterios enunciados en el párrafo 17 *supra*. Otras delegaciones preguntaron si ese requisito de aprobación, que podría resultar costoso y engorroso, estaba justificado. Preguntaron asimismo si la función de esa entidad consistiría en evaluar las normas de administración y gestión del Estado interesado o las de la entidad adjudicadora o en evaluar la justificación para recurrir a la negociación competitiva caso por caso. A este respecto se objetó que la entidad encargada de dar su aprobación debería en realidad confiar en la pericia de la entidad adjudicadora en lo que respecta a la elección de este procedimiento, de modo que la salvaguardia podría resultar ilusoria. Por otra parte, se sostuvo que si se eliminaba el requisito de aprobación, la licitación abierta perdería su condición de método principal de contratación y además con ello se desalentaría el recurso al procedimiento en sí. Tras deliberar, se convino en insertar el requisito de aprobación entre corchetes como opción para el legislador, mientras que en la Guía debería explicarse la importancia de esta salvaguardia y la necesidad de que además se supervisara eficazmente el procedimiento.

c) Se preguntó si sería conveniente que en la introducción del párrafo se hiciera referencia a una descripción "detallada" del objeto de la contratación y a especificaciones "detalladas" (como parte de esa descripción). Por un lado se consideró que si se omitía el término, se podría propiciar un uso excesivo del método cuando no estuviera justificado (evitando simplemente la preparación apropiada para la contratación); por otro lado, se comentó que la entidad adjudicadora necesitaría cierto nivel de detalle simplemente para emitir una descripción funcional básica y que, por consiguiente, el calificativo ("detalladas") no aclaraba de hecho la cuestión fundamental de si era o no "viable" redactar una descripción y especificaciones apropiadas. Otras delegaciones estimaron que si se podían redactar especificaciones funcionales, en vez de técnicas, no habría necesidad de recurrir a un método que trataba de definir soluciones a través del procedimiento propiamente dicho. El Grupo de Trabajo, conviniendo en que, en cualquier caso, la descripción debería ser suficientemente precisa para obtener ofertas que respondieran a las necesidades de la entidad adjudicadora, pero que aun así no se cumpliría el requisito de las especificaciones necesarias para la licitación, decidió aplazar su examen final de esta cuestión.

d) En lo que respecta a las condiciones detalladas para recurrir al procedimiento que se enuncian en los apartados a) a e), se estimó que tal vez estas condiciones no fueran coherentes entre sí ni se ajustaran al requisito general enunciado en la introducción del párrafo, y que además la lista no era exhaustiva (y no podía serlo). Se pregunto si: i) en virtud del apartado a) podrían entablarse de hecho negociaciones sobre mejoras en el precio o mejoras técnicas, en vez de la negociación de soluciones; ii) en el apartado b) podría tratarse de un procedimiento

en el que se diera a la entidad adjudicadora información para ayudarla a redactar especificaciones, pero un procedimiento que no entrañara negociaciones de por sí; y iii) la situación descrita en el apartado a) del texto propuesto podría ser más adecuada para las subastas electrónicas inversas; la del apartado b), para la licitación en dos etapas; y la del apartado d), para los acuerdos marco (en lo que respecta a esta disposición, se observó asimismo que el hecho de permitir cambios en las especificaciones podría suponer un incumplimiento de los principios básicos de la Ley Modelo). Además, algunas delegaciones consideraron que no estaba claro el alcance del apartado e). Se puso en tela de juicio la interacción entre el párrafo 1) y el párrafo 13) propuestos. A raíz de todas estas preguntas, se convino en que se reformulara el párrafo plasmando en él condiciones generales para recurrir al procedimiento que se basaran en las enunciadas en el artículo 19 1) a) de la Ley Modelo de 1994 (pero también dando cabida a algunas razones de carácter no técnico que tal vez impidieran una formulación precisa de la descripción). Se convino también en que los apartados de la propuesta, o algunos de ellos, fueran insertados en la Guía como ejemplos de situaciones en que podría ser apropiado recurrir al procedimiento.

34. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición una propuesta de revisión del párrafo 1) cuyo texto era el siguiente:

> "**Condiciones para recurrir a la contratación mediante negociación competitiva**
>
> [A reserva de que lo apruebe … (el Estado promulgante podrá designar la autoridad que dará su aprobación)], una entidad adjudicadora podrá entablar un proceso de contratación mediante una solicitud de propuestas con negociación competitiva cuando dicha entidad no pueda formular una descripción suficientemente amplia, a fin de lograr la solución más satisfactoria de sus necesidades de contratación."

35. El texto propuesto recibió apoyo. El Grupo de Trabajo consideró que en la Guía se explicaría que el texto propuesto prevería la posibilidad de que la entidad adjudicadora estudiara más de una solución. En la Guía también se señalaría a los Estados promulgantes que el método de contratación propuesto no regularía el tipo de negociaciones con el que únicamente se pretendiera introducir mejoras técnicas y reducir el precio.

36. El observador del Banco Mundial preguntó si en la Guía se explicaría el alcance de este método de contratación, es decir, si especificaría que el método se limitaría a la contratación de algunos tipos de servicios y si sería también aplicable a la contratación de bienes y obras. Se confirmó que en la Guía se darían ejemplos de los tipos adecuados de bienes, obras y servicios a los que este método sería aplicable.

37. Se objetó que las condiciones para recurrir a este método de contratación se solaparían con las aplicables a la licitación en dos etapas. El Grupo de Trabajo convino en aplazar hasta otro momento su examen de esta cuestión y de la licitación en dos etapas (a este respecto véanse también los párrafos 50 y 63 a 66 *infra*).

Párrafo 2)

38. El texto del párrafo 2) propuesto era el siguiente:

"2) La entidad adjudicadora, antes de enviar una solicitud de propuestas a los proveedores o contratistas, solicitará manifestaciones de interés, a fin de determinar el número mínimo de proveedores o contratistas a quienes deberá solicitar propuestas de conformidad con el párrafo 3). El aviso en que se soliciten manifestaciones de interés deberá publicarse en un diario o en una publicación comercial pertinente, o bien en una revista técnica o profesional pertinente de amplia difusión internacional."

39. Se formuló la pregunta de si el envío de una solicitud de manifestaciones de interés debería ser obligatorio u optativo. Tras señalarse que la finalidad de tal solicitud consistía en tantear el mercado pertinente, se convino en que la solicitud fuera optativa. Por consiguiente, se acordó que, en la primera frase, se sustituyera la palabra "solicitará" por "podrá solicitar", y que se suprimiera el texto que figuraba, después de la coma, al final de esta frase. Además, se decidió que la segunda frase empezara con las palabras "Todo aviso". No se aceptó la propuesta de que se sustituyera la primera frase por el texto siguiente: "La entidad adjudicadora podrá poner en marcha el proceso de negociación competitiva emitiendo un aviso de solicitud de manifestaciones de interés". No obstante, se sugirió que las palabras ", antes de enviar una solicitud …" se sustituyeran por la frase ", antes de entablar una negociación competitiva".

40. Se convino asimismo en que, por consiguiente, el hecho de responder a tal aviso no conferiría ningún derecho a los proveedores ni obligaría a la entidad adjudicadora a proceder a la solicitud de propuestas, por lo que se insertarían en el texto palabras extraídas del artículo 48 2) del texto de 1994 y del proyecto de artículo 6 revisado. En cuanto al enunciado del requisito de notificación, se puso de relieve la necesidad de que el texto se ajustara al de disposiciones similares de la Ley Modelo (inclusive al relativo a la cuestión de si una licitación abierta sería siempre adecuada), así como la necesidad de neutralidad de los medios técnicos empleados.

41. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición el siguiente texto revisado del párrafo 2):

"[**Solicitud de manifestaciones de interés**

2) La entidad adjudicadora, antes de [entablar un proceso de contratación de conformidad con la presente Ley] [poner en marcha un procedimiento de negociación competitiva], [podrá] enviar una solicitud de manifestaciones de interés. [La finalidad de la solicitud de manifestaciones de interés podría ser …]. Todo aviso en que se soliciten manifestaciones de interés deberá publicarse en un diario o una publicación comercial pertinente, o bien en una revista técnica o profesional pertinente de amplia difusión internacional. [La publicación del aviso o las respuestas que suscite no conferirán a los proveedores o contratistas ningún derecho, ni siquiera el derecho a que se evalúen sus propuestas; el aviso tampoco obligará a la entidad adjudicadora a hacer pública una solicitud.]"

42. El Grupo de Trabajo observó que el concepto de "solicitud de manifestaciones de interés", tal como se proponía, era una novedad en la Ley Modelo. Se consideró que una de las finalidades de la solicitud de manifestaciones de interés, concretamente la de tantear el mercado para determinar si los posibles candidatos

podían satisfacer las necesidades de la entidad adjudicadora antes de entablar un procedimiento de contratación, sería pertinente no solo para el método de la negociación competitiva sino también para los demás métodos de contratación. Por consiguiente, se apoyó la idea de insertar en la Ley Modelo revisada una cláusula independiente en virtud de la cual la entidad adjudicadora pudiera investigar las condiciones del mercado antes de iniciar un procedimiento de contratación. Se sostuvo que en esta nueva disposición deberían exponerse los objetivos de una solicitud de manifestaciones de interés sobre la base de la propuesta enunciada en el párrafo 41 *supra*. Se sugirió también que en esa nueva cláusula figurara una definición del concepto de "solicitud de manifestaciones de interés".

43. Se indicó que el lugar de inserción de la nueva cláusula estaría en función de los objetivos que persiguiera; así, por ejemplo, si su finalidad fuera recabar asistencia del mercado para elaborar las especificaciones finales, el lugar de inserción apropiado sería el capítulo IV; si, en cambio, su objetivo fuera tantear las condiciones del mercado en general antes de elegir el método de contratación adecuado, la cláusula debería insertarse en el capítulo I, por ejemplo, en la propuesta de artículo revisado 6, y debería ser aplicable a todos los métodos de contratación. Otra delegación sugirió que la cláusula se insertara en las disposiciones de la Guía referentes al artículo 6.

44. El Grupo de Trabajo aplazó su decisión sobre la cláusula y sobre su lugar de inserción en la Ley Modelo revisada, pero convino en que debería seguir siendo un procedimiento optativo y en que no debería conferir ningún derecho a los proveedores o contratistas ni imponer obligaciones a la entidad adjudicadora (véanse también los párrafos 54, 55, 70 y 73 *infra*).

Párrafo 3)

45. El Grupo de Trabajo examinó el siguiente párrafo:

> "3) Las solicitudes de propuestas deberán dirigirse al mayor número posible de proveedores o contratistas, que en ningún caso será inferior a tres."

46. Al presentar el párrafo, una de las delegaciones patrocinadoras señaló que el número mínimo de proveedores a los que la entidad adjudicadora estaría obligada a solicitar propuestas podría variar, pero que no debería ser excesivo. Se propuso que en la Guía se explicaran las desventajas y dificultades que entrañaba la negociación con un gran número de participantes. Se apoyó la idea de que el número mínimo de posibles proveedores o contratistas fuera de tres. Sin embargo, se preguntó qué otras opciones tendría la entidad adjudicadora si no pudiera cumplirse este requisito del número mínimo de participantes. Por consiguiente, otras delegaciones se declararon partidarias de que se reintrodujeran las disposiciones del párrafo 1) del artículo 48 de la Ley Modelo de 1994 en virtud del cual las solicitudes de propuestas deberían enviarse, "de ser posible", a un mínimo de tres proveedores o contratistas.

47. Una delegación opinó que el aviso público de la contratación y de las condiciones en que deberá llevarse a cabo debería preceder a la etapa descrita en el párrafo 3) de la propuesta.

Párrafos subsiguientes sobre la base del proyecto de artículo 39, enunciado en el documento A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.4

48. El Grupo de Trabajo prosiguió su examen de los aspectos del método de contratación propuesto basándose en el proyecto de artículo 39 que se reproduce en el documento A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.4. El Grupo de Trabajo estimó que el método de contratación descrito en ese artículo no pretendía reemplazar el artículo 46 de la Ley Modelo de 1994, relativo a la licitación en dos etapas, sino más bien sustituir los artículos 48 y 49 (referentes a la solicitud de propuestas y a la negociación competitiva).

49. Se expresó la opinión de que en la Ley Modelo revisada debería mantenerse, como método de contratación diferenciado, la solicitud de propuestas sin negociaciones (prevista como opción en el artículo 48 de la Ley Modelo de 1994), dado que en algunos ordenamientos jurídicos se recurría a ella y había resultado útil. El Grupo de Trabajo aplazó su examen de este tema, y también de la cuestión de si este método de contratación debería consignarse en el capítulo III como opción distinta a la licitación, y no en el capítulo IV.

50. Se observó que, si bien se exigirían las mismas condiciones para recurrir al método de contratación propuesto y a la licitación en dos etapas, una de las principales diferencias entre estos dos métodos de contratación radicaría en la posibilidad de limitar el número de participantes y en la forma en que cabría hacerlo. Si bien la restricción de la participación podría ser necesaria para un procedimiento negociado, se observó que el texto de la propuesta preveía un grado excesivo de discreción y un criterio insuficiente de objetividad en la limitación del número de proveedores. En cambio, en virtud de las disposiciones de 1994, en la licitación en dos etapas todos los proveedores calificados cuyas ofertas no hubieran sido rechazadas tenían derecho a participar en el procedimiento. Por consiguiente, se subrayó que, a fin de garantizar la coherencia de la propuesta, sería indispensable comprender el criterio en función del cual se había redactado la propuesta actual (frente a las disposiciones similares de 1994).

51. El Grupo de Trabajo consideró que las disposiciones en que se especificaran las condiciones para recurrir a este método de contratación (véase el párrafo 34 *supra*) deberían insertarse al principio del proyecto de artículo. Se estimó también que la redacción y el orden de las disposiciones que figuraran a continuación de las condiciones para recurrir a ese método dependerían de lo que decidiera el Grupo de Trabajo acerca de la forma en que se regularía el concepto de "solicitud de manifestaciones de interés", conforme a lo tratado en los párrafos 38 a 44 *supra*. A pesar de ello, se convino en que en la totalidad del artículo se especificara claramente el orden de las etapas del proceso, que sería el siguiente: en primer lugar, el aviso público de la contratación (que podría revestir la forma de una convocatoria a precalificación) con ciertos detalles mínimos al respecto; en segundo lugar, la cuestión de la solicitud de propuestas dirigida a los proveedores o contratistas participantes (en la que figuraría información más detallada); en tercer lugar, las negociaciones; y, en cuarto lugar, la solicitud de las mejores ofertas definitivas.

52. Se convino en que se suprimiera el párrafo 1) del proyecto de artículo 39 y que su contenido se plasmara en la Guía.

53. Se examinó el lugar de inserción del párrafo 2) del proyecto de artículo 39 y se sugirió que figurara después del párrafo 3) de dicho artículo, a menos que las disposiciones que lo precedieran en el artículo lo desaconsejaran. Según otra propuesta, que al final obtuvo apoyo, habría que suprimir el párrafo y trasladar su contenido a una parte posterior del texto. Se señaló en particular que cuando hubiera precalificación o algún tipo de preselección (según se entendía el concepto en los instrumentos de la CNUDMI sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada)[3], en los documentos de precalificación o preselección se determinaría la cuestión de qué proveedores o contratistas recibirían la solicitud de propuestas, es decir, el modo en que se limitaría el número de los proveedores o contratistas destinatarios.

54. Se sugirió que se suprimiera la opción que se daba a la entidad adjudicadora en el párrafo 3) del proyecto de artículo 39 de decidir no publicar un aviso de solicitud de manifestaciones de interés. Habida cuenta del distinto significado que se convino en dar a una solicitud de manifestaciones de interés (véanse los párrafos 38 a 44 *supra*), y a fin de evitar confusiones, se convino en que en el párrafo 3) se requiriera y se regulara "el primer aviso de la contratación". El Grupo de Trabajo examinó, sobre la base de la siguiente propuesta, la cuestión de los datos mínimos que deberían indicarse en tal aviso:

> "(…) La entidad adjudicadora publicará el primer aviso de solicitud de propuestas en un diario o en una publicación comercial pertinente de amplia difusión internacional, o bien en una revista técnica o profesional pertinente de amplia difusión internacional. En el aviso deberá especificarse, como mínimo, la siguiente información:
>
> a) El objeto de la contratación, con los detalles apropiados para atraer al procedimiento al mayor número posible de proveedores potenciales del mercado;
>
> b) La descripción del procedimiento [con las etapas previstas que culminen con la negociación competitiva y, si la entidad adjudicadora se propone limitar el número de ofertantes, una declaración a tal efecto];
>
> c) Los medios para obtener los pliegos de condiciones y el lugar en que podrán obtenerse;
>
> d) La suma que deba eventualmente abonarse para obtener los pliegos de condiciones; y
>
> e) El plazo para la presentación de las respuestas."

55. El Grupo de Trabajo convino en estudiar ulteriormente si esas disposiciones podían fusionarse con las cláusulas relativas a la solicitud de manifestaciones de interés, como se había previsto en el actual período de sesiones (véanse los párrafos 38 a 44 *supra*), en cuyo caso bastaría con hacer una remisión en este artículo a las disposiciones relativas a la solicitud de manifestaciones de interés. El Grupo de Trabajo consideró que, independientemente de la forma que revistiera el

---

[3] Las disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre este mismo tema, que en la fecha del presente informe pueden consultarse en el sitio www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/procurement_infrastructure.html.

primer aviso de la contratación, debería ser un documento público que debería contener un mínimo de información sobre los procedimientos de contratación (inclusive la preselección, en caso de estar prevista), todos los criterios aplicables de calificación y evaluación, y una descripción del objeto de la contratación. Se convino asimismo en que en una solicitud de propuestas emitida posteriormente durante el proceso se facilitaría información más detallada. Se sugirió que toda disposición sobre preselección que se insertara en la Ley Modelo se ajustara a lo dispuesto en los instrumentos de la CNUDMI sobre los proyectos de infraestructura con financiación privada.

56. Se formuló una pregunta acerca de la naturaleza de los criterios que podría seguir la entidad adjudicadora para limitar el número de proveedores o contratistas a los que pudiera enviarse una solicitud de propuestas. Se hizo hincapié en que estos criterios no deberían ser discriminatorios.

57. El Grupo de Trabajo convino en sustituir el párrafo 4) del proyecto de artículo 39 por el siguiente texto:

> "(…) La entidad adjudicadora establecerá los criterios que habrán de tenerse en cuenta para evaluar las propuestas de conformidad con el artículo 12." (Véase, no obstante, también el párrafo 90 *infra*.)

58. El Grupo de Trabajo examinó el texto que se sugirió insertar antes del párrafo 4) del proyecto de artículo 39, y que era el siguiente:

> "(…) En el pliego de condiciones deberá definirse el proceso que la entidad adjudicadora seguirá para determinar qué proveedores o contratistas cumplen suficientemente los criterios de calificación para pasar a la etapa de la negociación competitiva. Cuando el número de proveedores o contratistas idóneos para participar en las negociaciones sea más que suficiente, la entidad adjudicadora podrá limitar el número de proveedores o contratistas que se proponga invitar a participar en las negociaciones, siempre y cuando en los pliegos de condiciones se especifique lo siguiente:
>
> a) Los criterios objetivos y no discriminatorios que se seguirán para limitar el número de proveedores o contratistas de conformidad con este párrafo; y
>
> b) El número mínimo de proveedores o contratistas, que [de ser posible,] no deberá ser inferior a tres, que la entidad adjudicadora se proponga invitar a participar en las negociaciones y, en su caso, el número máximo de candidatos."

59. Se sugirió que el apartado c) del párrafo 5) del proyecto de artículo 39 se sustituyera por el siguiente texto:

> "c) Los criterios que se han de tener en cuenta para evaluar la propuesta de conformidad con el artículo 12, de ser posible expresados en dinero, la ponderación relativa que se asignará a cada uno de ellos y la manera en que serán aplicados en la elaboración de la propuesta."

60. Se sugirió que los párrafos 6) a 13 del proyecto de artículo 39 se sustituyeran por los siguientes textos:

"(...) Las modificaciones o aclaraciones de la solicitud de propuestas, incluida la modificación de los criterios para evaluarlas a que se hace referencia en el párrafo (__) del presente artículo, serán comunicadas a todos los proveedores o contratistas que participen en el procedimiento. Estas modificaciones o aclaraciones deberán figurar por escrito y deberán comunicarse a todos los posibles proveedores o contratistas a los que se haya enviado una solicitud de propuestas conforme al párrafo (__) con tiempo suficiente antes de que expire el plazo para la presentación de ofertas de modo que los proveedores o contratistas puedan tenerlas en cuenta en sus propuestas.

(...) De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21, la entidad adjudicadora deberá mantener el carácter confidencial de todas las propuestas, datos y documentos que le presente un proveedor o contratista, o que la propia entidad adjudicadora obtenga, durante el proceso de contratación, a menos que el proveedor o contratista consienta en su divulgación y a menos que sean del dominio público o que la ley obligue a divulgarlos.

(...) La entidad adjudicadora entablará negociaciones con los proveedores o contratistas respecto de sus propuestas y podrá pedir o autorizar que las revisen, siempre y cuando la oportunidad de participar en las negociaciones se haga extensiva a todos los proveedores o contratistas que hayan presentado propuestas que no hayan sido rechazadas.

(...) Las negociaciones competitivas deberán ser concurrentes (es decir, deberán llevarse a cabo por separado pero casi simultáneamente con cada uno de los proveedores o contratistas que hayan resultado calificados para participar en las negociaciones competitivas después de la etapa de precalificación).

(...) Los requisitos, las directrices, los documentos, las aclaraciones u otros datos relativos a las negociaciones que la entidad adjudicadora comunique a un proveedor o contratista serán comunicados en condiciones de igualdad a todos los demás proveedores o contratistas que lleven a cabo negociaciones con la entidad adjudicadora acerca de la contratación.

(...) Una vez concluidas las negociaciones, la entidad adjudicadora deberá solicitar a todos los proveedores o contratistas con los que haya negociado que presenten sus mejores ofertas definitivas respecto de las soluciones o de la solución a que se haya llegado en el proceso de negociación. La solicitud deberá figurar por escrito y en ella deberán especificarse la fecha y la hora límite en que deberán presentarse las ofertas. Basándose en los criterios de evaluación, la entidad adjudicadora deberá determinar [a qué proveedor o contratista recomienda que se adjudique [a qué proveedor o contratista adjudicará] el contrato sobre la base de las mejores ofertas definitivas.]"

61. El Grupo de Trabajo estimó que el texto propuesto (que reemplazaría el proyecto de artículo 39) preveía un método de contratación que sería aplicable a la contratación de bienes, obras y servicios complejos. Consideró asimismo que el método de contratación propuesto no era aplicable a los casos en que se requirieran negociaciones por motivos de urgencia (véanse las condiciones para recurrir al método de contratación enunciadas en el párrafo 2) del artículo 19 de la Ley Modelo de 1994) o en que no hubiera una base competitiva suficiente. Se sugirió que se mantuviera en el texto revisado el artículo 49 de la Ley Modelo de 1994, que

contenía disposiciones sobre negociaciones competitivas flexibles, a fin de dar cabida a este tipo de situaciones. Se señaló asimismo que las disposiciones relativas a los acuerdos marco agregadas a la Ley Modelo tendrían también la finalidad de regular este tipo de situación.

62. Se apoyó la idea de agregar a la Ley Modelo revisada el nuevo método propuesto de contratación. Se sugirió que, a fin de evitar confusión sobre la terminología y la elección de los métodos de contratación en los Estados que hubieran promulgado su legislación de contratación pública sobre la base de la Ley Modelo de 1994, en la Ley Modelo revisada se empleara otra expresión para definir este nuevo método de contratación y se dieran claras orientaciones sobre los casos en que cabría recurrir a él. En deliberaciones ulteriores, se convino en que el método de contratación propuesto pasara a denominarse "diálogo competitivo".

63. Ante la objeción de que no quedaba claro en qué situaciones se recurriría al diálogo competitivo, y no a la licitación en dos etapas, se sugirió que en la Ley Modelo revisada se adoptara un criterio pragmático (*toolbox*) y se diera a la entidad adjudicadora discreción para elegir el método que, entre todos los que estuvieran disponibles, resultara más apropiado para una determinada situación. Se puso de relieve que este enfoque no tenía la finalidad de eliminar la primacía de la licitación abierta y que, por lo tanto, solo sería apropiado respecto de los métodos distintos de la licitación (capítulo III de la Ley Modelo revisada) o distintos de la licitación mediante negociaciones (capítulo IV de la Ley Modelo revisada). El Grupo de Trabajo señaló también que, en la licitación en dos etapas, los proveedores o contratistas compiten al final respecto de una única solución, mientras que en el diálogo competitivo la entidad adjudicadora evaluaría las mejores ofertas definitivas presentadas respecto de las propuestas de cada uno de los proveedores. Por consiguiente, se sugirió que esta distinción (la viabilidad de la formulación de un único conjunto de especificaciones tras las negociaciones) pasara a ser un criterio determinante para optar por el diálogo competitivo o por la licitación en dos etapas.

64. Se objetó que el diálogo competitivo entrañaba riesgos en lo que respecta a la divulgación de información delicada desde el punto de vista comercial, como el precio. Se reiteró que en la Guía debería subrayarse que este procedimiento no debería utilizarse cuando no existiera una capacidad suficiente para ofrecer salvaguardias adecuadas frente a ese riesgo y a otros riesgos de prácticas indebidas inherentes a este método de contratación (véanse los párrafos 16 a 19 *supra*). Se opinó que si bien la licitación en dos etapas estaba encaminada a dar cabida a situaciones similares, como al diálogo competitivo, preveía mejores salvaguardias frente a los abusos al atenerse a principios de licitación abierta con modificaciones marginales. Se observó que la licitación en dos etapas permitiría a la entidad adjudicadora, mediante el examen de propuestas técnicas y negociaciones optativas con todo proveedor que presentara propuestas técnicas aceptables, ultimar las especificaciones que la entidad adjudicadora no hubiera podido formular adecuadamente al principio del proceso de contratación.

65. Así pues, se apoyó la idea de que en la Ley Modelo revisada se consignara la licitación en dos etapas como método aparte. Se sostuvo que este método había resistido al paso del tiempo y que se utilizaba con éxito, por ejemplo, en la contratación de sistemas e infraestructuras de tecnología de la información. Se objetó que si se suprimía ese método, se privaría de opciones a los Estados

promulgantes que tuvieran dudas sobre la integridad de sus respectivos sistemas de contratación y que fueran reacios a permitir el recurso al diálogo competitivo.

66. El Grupo de Trabajo reiteró su opinión de que el método de contratación propuesto no tenía la finalidad de reemplazar la licitación en dos etapas.

67. El observador del Banco Mundial explicó que el Banco podría experimentar dificultades al aplicar el método propuesto de contratación a los tipos de servicios cuantificables (o no intelectuales) y a los servicios intelectuales para cuya contratación sería más apropiado recurrir a negociaciones consecutivas, en vez de simultáneas. También se puso de relieve que la transparencia era un factor primordial y que tal vez convendría establecer un límite o umbral a partir del cual pudiera recurrirse al método.

68. Frente a estas objeciones se argumentó que las condiciones para recurrir al diálogo competitivo podrían paliar las inquietudes sobre su eventual utilización inapropiada, al impedirse eficazmente que se recurriera a ese método para contratar elementos que debieran contratarse mediante licitación. Se reiteró asimismo que en el texto de la Guía referente a las disposiciones de la Ley Modelo relativas al diálogo competitivo también habría que dar las explicaciones necesarias sobre las condiciones para recurrir al método y los procedimientos.

69. El Grupo de Trabajo tomó nota de las similitudes existentes entre la licitación abierta y el diálogo competitivo. Se observó que las principales diferencias entre ambos métodos se planteaban en la etapa del suministro de los pliegos de condiciones (el diálogo competitivo permitía limitar el número de proveedores a los que se enviara la solicitud de propuestas), y en la etapa de las negociaciones. Se invitó al Grupo de Trabajo a que estudiara qué aspectos de las propuestas deberían poder negociarse en el diálogo competitivo, por ejemplo, solo los aspectos técnicos y de calidad, o también el precio.

3. Examen de la propuesta revisada en el Grupo de Trabajo

Párrafos 1) a 3)

70. El Grupo de Trabajo procedió a examinar los siguientes aspectos de la propuesta revisada:

> "1) *Condiciones para recurrir a la negociación competitiva*. [A reserva de que lo apruebe ... (el Estado promulgante podrá designar la autoridad que dará su aprobación)], una entidad adjudicadora podrá entablar un proceso de contratación mediante una solicitud de propuestas con negociación competitiva cuando dicha entidad no pueda formular una descripción suficientemente amplia, a fin de lograr la solución más satisfactoria de sus necesidades de contratación.
>
> [2) *Solicitudes de manifestaciones de interés*. La entidad adjudicadora, antes de entablar un proceso de contratación de conformidad con la presente Ley, podrá enviar una solicitud de manifestaciones de interés. Todo aviso en que se soliciten manifestaciones de interés deberá publicarse en un diario o en una publicación comercial pertinente, o bien en una revista técnica o profesional pertinente de amplia difusión internacional. La publicación del aviso o las respuestas que suscite no conferirán a los proveedores o contratistas ningún

derecho, ni siquiera el derecho a que se evalúen sus propuestas; el aviso tampoco obligará a la entidad adjudicadora a hacer pública una solicitud.]

3) La entidad adjudicadora publicará el primer aviso de solicitud de propuestas en un diario o en una publicación comercial pertinente de amplia difusión internacional, o bien en una revista técnica o profesional pertinente de amplia difusión internacional. En el aviso deberá especificarse, como mínimo, la siguiente información:

a) El objeto de la contratación, con los detalles apropiados para atraer al procedimiento al mayor número posible de proveedores potenciales del mercado;

b) La descripción del procedimiento [con las etapas previstas que culminen con la negociación competitiva y, si la entidad adjudicadora se propone limitar el número de ofertantes, una declaración a tal efecto];

c) Los medios para obtener los pliegos de condiciones y el lugar en que podrán obtenerse;

d) La suma que deba eventualmente abonarse para obtener los pliegos de condiciones; y

e) El plazo para la presentación de las respuestas."

71. Se sugirió que, en el párrafo 1), se agregara una referencia a las "contrataciones complejas". Sin embargo, en el Grupo de Trabajo predominó la opinión de que en el párrafo no debería hacerse tal referencia.

72. Se sugirió que, en los párrafos 2) y 3) y en otras partes de la Ley Modelo en un contexto similar, se agregara una referencia a un "boletín de contratos". Según otra delegación, esa referencia podría hacerse en la Guía revisada, como ejemplo de publicación en que normalmente se harían públicos los avisos pertinentes.

73. Según la opinión predominante de las delegaciones, debería suprimirse el párrafo 2) de las disposiciones relativas al diálogo competitivo, y debería examinarse por separado en un momento ulterior.

74. Se sugirió que algunos de los aspectos indicados en la última frase del párrafo 2) propuesto deberían repetirse en las disposiciones introductorias del párrafo 3). En particular, se señaló que las respuestas dadas al primer aviso público de la solicitud podrían poner de manifiesto que no resultaba viable o conveniente llevar a cabo la contratación del modo anunciado. Se opinó que, en tales situaciones, la entidad adjudicadora debería tener el derecho a cancelar el proceso de contratación. Una delegación argumentó que esta propuesta no solo era válida para el diálogo competitivo sino también para todos los métodos de contratación previstos en la Ley Modelo. Por consiguiente, se sugirió que las disposiciones a tal efecto se plasmaran en el capítulo I, preferentemente junto a las disposiciones que permiten el rechazo de todas las ofertas (proyecto de artículo 16).

75. Se estimó también que en el párrafo 3) debería preverse la posibilidad de que la entidad adjudicadora redujera el número de participantes durante el diálogo competitivo y, por consiguiente, que en el primer aviso de solicitud de ofertas se advirtiera a los proveedores o contratistas de tal posibilidad. Se sugirió, por lo tanto, que estas disposiciones se mantuvieran en su forma actual y que la entidad

adjudicadora solo debería poder reducir el número de participantes en el proceso de contratación mediante una etapa de precalificación.

76. Algunos delegados reconocieron que podrían darse circunstancias que justificaran la exclusión de proveedores o contratistas durante el diálogo, por ejemplo, si se llegaba a la conclusión de que estos ya no reunían los requisitos de calificación (por ejemplo, en caso de insolvencia) o de que ya no cumplían las expectativas de la entidad adjudicadora (por ejemplo, cuando durante el diálogo se apartaran mucho de los elementos fundamentales que al principio del proceso de contratación se hubieran considerado no negociables).

77. Al mismo tiempo, se reconoció que el hecho de facultar a la entidad adjudicadora para excluir a proveedores o contratistas durante la etapa del diálogo sin imponer algunas condiciones podría dar pie a prácticas abusivas. El Grupo de Trabajo señaló las disposiciones que figuraban en instrumentos internacionales, como el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Nueva York, 31 de octubre de 2003)[4], en virtud de las cuales debían indicarse los criterios de exclusión desde el principio de la contratación. Se convino en que en la Ley Modelo se impusiera una obligación similar.

78. Una delegación preguntó si el diálogo competitivo con algunos proveedores o contratistas podría darse por concluido también en función de criterios que no fueran la calificación de los candidatos o la idoneidad de sus propuestas para atender las necesidades de la entidad adjudicadora. En este contexto se hizo referencia a las disposiciones del artículo 44 e) de la Ley Modelo de 1994 en virtud de las cuales podían darse por terminadas las negociaciones con un proveedor cuando resultara evidente para la entidad adjudicadora que la continuación de las negociaciones no culminaría con una adjudicación de contrato. El Grupo de Trabajo puso de relieve las circunstancias distintas a las que se aplicaba el artículo 44 e) (únicamente a las negociaciones consecutivas sobre el precio), que permitían la exclusión de participantes con un criterio relativamente objetivo, limitado al precio.

79. Se apoyó la idea de que la entidad adjudicadora pudiera poner fin al diálogo competitivo con proveedores o contratistas que, según la opinión de dicha entidad, no tuvieran posibilidades realistas de que les fuera adjudicado el contrato. Se reconoció que con este criterio se evitaría que ambas partes desperdiciaran tiempo y recursos. Se sostuvo que la competencia podría verse sustancialmente mermada en futuras contrataciones similares si los proveedores o contratistas realizaran gastos innecesarios, que podrían resultar muy elevados en este tipo de contratación.

80. Por otra parte, se objetó que este enfoque era intrínsecamente subjetivo y que minaría la transparencia, la objetividad y la equidad del proceso. Se explicó que en el diálogo competitivo habría una modificación constante de soluciones y que no sería justo eliminar a un proveedor por la mera razón de que, en una determinada etapa del diálogo, la entidad adjudicadora considerara que su solución no era aceptable. Se reiteró el argumento de que la forma más objetiva, transparente y equitativa de reducir el número de participantes sería exclusivamente mediante la precalificación, pero que ulteriormente cabría tener en cuenta también otros criterios relativos a la idoneidad.

---

[4] Resolución 58/4 de la Asamblea General.

81. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que, en la introducción del párrafo 3), se sustituyeran las palabras "el primer aviso de solicitud de propuestas" por "el primer aviso de convocatoria a participación en una contratación", a fin de ampliar el requisito del contenido mínimo del aviso de modo que abarcara también la solicitud de manifestaciones de interés o una convocatoria a precalificación, según el caso. Se observó que tal vez convendría introducir un cambio similar en todas las partes de la Ley Modelo en que fueran aplicables las mismas consideraciones. Se convino también en que el apartado b) del párrafo 3 se sustituyera por el siguiente texto: "b) La descripción del procedimiento [descríbanse aquí las etapas previstas del diálogo competitivo, inclusive si la entidad adjudicadora se propone limitar o reducir el número de ofertantes, con una declaración a tal efecto, y la especificación de los criterios que se proponga seguir con ese fin]."

Párrafo 4)

82. El Grupo de Trabajo examinó el siguiente párrafo:

> "4) A título optativo, la entidad adjudicadora podrá proceder a la precalificación de los proveedores o contratistas antes de la apertura de las negociaciones, conforme a lo previsto en los artículos 10 y 15 relativos a la precalificación."

83. Se sugirió que estas disposiciones se insertaran en una parte anterior del texto, ateniéndose al orden cronológico del proceso. Otra delegación sugirió suprimir este párrafo, mientras que otra sugirió trasladarlo, sustituyendo además su texto actual por otro que permita que la entidad adjudicadora comience el proceso de contratación con una solicitud de manifestaciones de interés o con una convocatoria a precalificación, así como con ambas medidas a la vez o ninguna de ellas. Se convino en que ulteriormente se presentara un nuevo borrador a fin de ajustar estas disposiciones con las aplicables a los otros métodos previstos en la Ley Modelo.

Párrafo 5)

84. El Grupo de Trabajo estudió el siguiente párrafo:

> "5) En el pliego de condiciones deberá definirse el proceso que la entidad adjudicadora seguirá para determinar qué proveedores o contratistas cumplen suficientemente los criterios de calificación para pasar a la fase de la negociación competitiva. Cuando el número de proveedores o contratistas idóneos para participar en las negociaciones sea más que suficiente, la entidad adjudicadora podrá limitar el número de proveedores o contratistas que se proponga invitar a participar en las negociaciones, siempre y cuando en el pliego de condiciones se especifique lo siguiente:
>
> a) Los criterios objetivos y no discriminatorios que se seguirán para limitar el número de proveedores o contratistas de conformidad con el presente párrafo; y
>
> b) El número mínimo de proveedores o contratistas que [, de ser posible,] no deberá ser inferior a tres, que la entidad adjudicadora se proponga

invitar a participar en las negociaciones y, en su caso, el número máximo de candidatos."

85. Se sugirió agregar: i) al final de la primera frase introductoria, las palabras "y, cuando proceda, pasar de una etapa a otra dentro de esa fase"; y ii) al final del párrafo b), las palabras "al comienzo de esa fase y en cada etapa de la misma". Se expresó el parecer de que esas enmiendas entraban en detalles en los que no procedía que el texto normativo de la Ley Modelo se adentrara, por lo que sería preferible ocuparse de estas etapas y fases del diálogo competitivo en el marco de la Guía.

86. Otra sugerencia fue la de suprimir algunas disposiciones del párrafo propuesto a fin de que quedara como sigue: "En el pliego de condiciones deberá indicarse el número mínimo de proveedores o contratistas que, [, de ser posible,] no deberá ser inferior a tres, que la entidad adjudicadora se proponga invitar a participar en las negociaciones y, en su caso, el número máximo de candidatos". Esta sugerencia no obtuvo apoyo por estimarse que las disposiciones suprimidas se referían a procedimientos no previstos en otras disposiciones de la Ley Modelo. Se propugnó, por tanto, el mantenimiento de las disposiciones enunciadas, pero ajustando su texto al de disposiciones similares, enunciadas en los instrumentos de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada, relativas a la precalificación y preselección, y asegurándose de que en las disposiciones se abordaran todos los métodos para limitar o reducir el número de proveedores o contratistas.

87. El Grupo de Trabajo convino en que se armonizaran los textos de los párrafos 3) y 5) de la propuesta revisada. A este respecto se puso de relieve la diferencia que había entre ambos párrafos: mientras que el párrafo 3) trataba del contenido del primer aviso de contratación, que, por su naturaleza, debería ser breve e indicar solo la información mínima de importancia para el procedimiento, el párrafo 5) regulaba el contenido de la solicitud de propuestas donde debía especificarse toda la información requerida para el procedimiento, con ampliación de detalles sobre la información consignada en el aviso. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de la cuestión de si en las disposiciones de ambos párrafos habría que hacer referencia también a la eliminación de soluciones.

88. Se convino también en que en el texto de todo el artículo se sustituyera la expresión "negociación competitiva" por "diálogo competitivo", habida cuenta de la decisión del Grupo de Trabajo de que se utilizara este concepto al referirse a este nuevo método de contratación (véase el párrafo 62 *supra*).

89. Se convino en que la frase del encabezamiento que decía "el proceso que la entidad adjudicadora seguirá para determinar qué proveedores o contratistas cumplen suficientemente los criterios de calificación para pasar a la fase de la negociación competitiva" se sustituyera por las palabras "el proceso mediante el cual los proveedores o contratistas pasarán a la fase del diálogo competitivo".

Párrafo 6)

90. El Grupo de Trabajo examinó y convino en suprimir el siguiente párrafo:

"6) La entidad adjudicadora establecerá los criterios que habrán de tenerse en cuenta para evaluar las propuestas de conformidad con el artículo 12".

Párrafo 7)

91. El Grupo de Trabajo examinó el siguiente párrafo:

"7) La solicitud de propuestas enviada por la entidad adjudicadora contendrá, por lo menos, los siguientes datos:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) Una descripción de la necesidad a que obedezca la solicitud, inclusive los parámetros técnicos y de otra índole a que habrá de ajustarse la propuesta, así como, en el caso de las obras, el lugar de estas y, en el caso de los servicios, el lugar donde hayan de prestarse;

c) Los criterios que se han de tener en cuenta para evaluar la propuesta, de ser posible expresados en dinero, la ponderación relativa que se asignará a cada uno de ellos y la manera en que serán aplicados; y

d) La estructura y cualesquiera otras instrucciones, inclusive plazos, que se refieran a la propuesta."

92. Se convino en que: i) se enmendara el apartado c) para que dijera únicamente "los criterios que se han de tener en cuenta para evaluar la propuesta"; y ii) se sustituyera el término "propuesta", al final del apartado d), por "proceso de contratación".

93. Se sugirió que las disposiciones debían dejar margen para la presentación de todo recurso significativo por el proveedor agraviado, prescribiendo para dicho fin la obligación de notificar oficialmente a los proveedores la decisión de la entidad adjudicadora de clausurar las negociaciones y de especificar los motivos que justifiquen esa decisión.

Párrafo 8)

94. El Grupo de Trabajo examinó el siguiente párrafo:

"8) Toda modificación o aclaración de la solicitud de propuestas, así como la modificación de los criterios para evaluarlas mencionados en el párrafo (...) del presente artículo, deberá ser comunicada a todos los proveedores o contratistas participantes en el procedimiento. Esas modificaciones o aclaraciones deberán hacerse por escrito y deberán ser dadas a conocer a todos los eventuales proveedores o contratistas a los que se haya enviado una solicitud de propuestas en virtud del párrafo (...) con tiempo suficiente antes de que venza el plazo para la presentación de solicitudes, a fin de que los proveedores o contratistas puedan tenerlas en cuenta en sus propuestas."

95. Se sugirió insertar la palabra "iniciales" a continuación de "propuestas" al final del párrafo y suprimir la palabra "eventuales". Otra sugerencia fue la de reformular la totalidad del párrafo a fin de posibilitar alguna modificación o aclaración de la solicitud de propuestas en cualquier etapa del diálogo competitivo, ya fuera obrando a instancia de la entidad adjudicadora o del proveedor. Se apoyó la sugerencia de insertar a continuación de "comunicada" el término "simultáneamente".

96. El Grupo de Trabajo tomó nota de que en el artículo 28 de la Ley Modelo de 1994 se enunciaban disposiciones similares a estas, por lo que tal vez conviniera

que el Grupo de Trabajo estudiara ulteriormente cómo resolver de forma coherente el problema de estas disposiciones repetitivas en el texto de la Ley Modelo revisada.

97. Se sostuvo que si hubiera cambios en los criterios de evaluación o modificaciones que alteraran de modo sustancial lo que se hubiera publicado inicialmente, esos cambios no serían aceptables, a menos que fueran notificados del mismo modo que en el aviso original. Frente a este argumento se propuso que se agregaran a la disposición las palabras "en el alcance notificado de la contratación", a fin de limitar las posibilidades de modificar los criterios de evaluación y otros elementos esenciales de la contratación. Se objetó que la enmienda propuesta afectaría únicamente a los cambios introducidos en el objeto de la contratación, pero no a las modificaciones de los criterios de evaluación.

98. Se hizo referencia a las disposiciones existentes de la Ley Modelo de 1994 (párrafo 5) del artículo 48), que se reiteraban en el texto propuesto. El Grupo de Trabajo observó también que el artículo 28 de la Ley Modelo de 1994 regulaba de forma similar la misma cuestión. Ambas disposiciones se basaban en la premisa de que las modificaciones se comunicaban únicamente a las partes a las que se proporcionara el pliego de condiciones. Se puso en tela de juicio la necesidad de modificar esta premisa en todo el texto de la Ley Modelo revisada.

99. No obtuvo apoyo la propuesta de que solo se autorizaran los cambios de alcance limitado. Se subrayó que debería mantenerse un mayor grado de flexibilidad, pero que en la Ley Modelo no debería permitirse la introducción de cambios fundamentales en el pliego de condiciones. El Grupo de Trabajo recordó la decisión preliminar que había adoptado en su anterior período de sesiones de agregar al artículo 2 una definición del concepto de "cambio sustancial". Se apoyó la idea de que se reformulara el párrafo propuesto para ajustar su contenido al de la definición, así como la idea de que debería aplicarse el mismo principio a todos los métodos de contratación.

Párrafo 9)

100. El Grupo de Trabajo examinó el siguiente párrafo:

> "9) Las negociaciones entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista tendrán carácter confidencial y, a reserva de lo dispuesto en el artículo [...], ninguna de las partes en ellas revelará a nadie, sin el consentimiento de la otra, datos técnicos, de precios o demás información referente al mercado que guarden relación con las negociaciones".

101. Se señaló que esta disposición se basaba en el párrafo 3) del artículo 49 de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo recordó que había examinado un proyecto de artículo 21 que figuraría en el capítulo I y que regularía las disposiciones sobre confidencialidad aplicables a todos los métodos de contratación. Se preguntó la razón por la que era necesario prever disposiciones sobre confidencialidad en el artículo referente al diálogo competitivo, habida cuenta del artículo 21 propuesto. Se sugirió que se suprimieran las disposiciones, pero que se modificara explícitamente el artículo 21 propuesto a fin de que aludiera al diálogo competitivo. A juicio de otra delegación, era preciso que las disposiciones sobre confidencialidad figuraran en el artículo propuesto, dada la especial importancia que tenían en el contexto del diálogo competitivo.

102. Predominó la opinión de que convenía evitar las repeticiones en la Ley Modelo y que, por consiguiente, bastaría con hacer una remisión al artículo 21 enmendado. Ante las especiales objeciones que planteaba la confidencialidad en el diálogo competitivo, se convino en que en la Guía se pusiera de relieve la importancia que tenía el mantenimiento de la confidencialidad en el diálogo.

Párrafo 10)

103. El Grupo de Trabajo examinó el siguiente párrafo:

> "10) La entidad adjudicadora entablará negociaciones con los proveedores o contratistas respecto de sus propuestas y podrá pedir o autorizar que las revisen, siempre y cuando la oportunidad de participar en las negociaciones se haga extensiva a todos los proveedores o contratistas que hayan presentado propuestas que no hayan sido rechazadas."

104. Se propuso que en la Ley Modelo o en la Guía se exigiera a la entidad adjudicadora que llevara un expediente escrito exhaustivo del diálogo mantenido con cada proveedor y que, al final de cada fase del diálogo, facilitara una copia del expediente al proveedor o contratista interesado. Se sugirió que esta obligación se enunciara en el proyecto de artículo 22 de la propuesta de revisión de la Ley Modelo (que trataba del expediente del proceso de contratación). A juicio de otra delegación, ese deber no debería plasmarse en la Ley Modelo, sino en la Guía, para dar orientación sobre la práctica óptima al respecto.

105. Se sugirió que se sustituyera la frase "que no hayan sido rechazadas" por la frase "que hayan pasado a la fase del diálogo competitivo de conformidad con los procedimientos enunciados en el pliego de condiciones". Se expresaron reservas por estimarse que la disposición debería reflejar el hecho de que, durante el proceso, el grupo de proveedores que entrara en la fase del diálogo después de la primera etapa podría variar. Por consiguiente, se sugirió que se enmendara la frase de modo que hiciera referencia a los "demás participantes".

Párrafo 11)

106. El Grupo de Trabajo examinó el siguiente párrafo:

> "11) Las negociaciones competitivas deberán ser concurrentes (es decir, deberán llevarse a cabo por separado pero simultáneamente con cada uno de los proveedores o contratistas que hayan resultado calificados para participar en las negociaciones competitivas después de la etapa de precalificación)."

107. El Grupo de Trabajo estimó que las palabras "hayan resultado calificados para participar en las negociaciones competitivas después de la etapa de precalificación" se modificarían en función de las conclusiones a las que sobre este mismo tema llegó el Grupo de Trabajo en sus anteriores deliberaciones (véanse los párrafos 82 y 83 *supra*).

108. Se sugirió que se sustituyera la palabra "simultáneamente" por "paralelamente" o "casi simultáneamente". Se objetó que los términos propuestos y las variantes sugeridas daban a entender que el diálogo se llevaba a cabo al mismo tiempo con todos los proveedores o contratistas, lo cual presuponía que se realizaban varios diálogos con distintos encargados de la contratación o con comités

de negociación integrados por distintos encargados. Se argumentó que este criterio no sería conveniente, pues propiciaría un trato desigual de los distintos proveedores. Se sugirió que en la Guía se explicara el significado de los términos "simultáneo" o "concurrente" en función de las características básicas del tipo de negociación que se pretendiera realizar.

109. Se apoyó el siguiente enunciado revisado del párrafo: "El diálogo competitivo deberá ser concurrente (es decir, deberán mantenerse diálogos por separado pero de forma paralela con cada proveedor o contratista ...)". Otra sugerencia, que también fue respaldada, fue la de que se enmendara el texto de modo que dijera: "El diálogo competitivo deberá ser concurrente," y explicándose en la Guía el significado del término "concurrente". Se sugirió que a este respecto se hiciera una distinción en la Guía entre las negociaciones que debieran llevarse a cabo con todos los proveedores o contratistas antes de la adjudicación del contrato y las negociaciones consecutivas en las que el contrato podía adjudicarse una vez concluido el diálogo con alguno de los proveedores o contratistas.

110. Se apoyó la sugerencia de que en la Ley Modelo se complementaran las disposiciones con la siguiente frase: "El diálogo competitivo deberá realizarse con el mismo encargado de la contratación o con un comité integrado por las mismas personas". Se argumentó que con esta frase complementaria se disiparía toda ambigüedad entre los conceptos de negociaciones "concurrentes" o "simultáneas". En cambio, otra delegación opinó que esta nueva frase trataba de aspectos procesales que sería más conveniente abordar en la Guía.

Párrafo 12)

111. El Grupo de Trabajo examinó el siguiente párrafo:

> "12) No podrán modificarse los criterios de evaluación una vez presentadas las propuestas iniciales. Toda modificación que se introduzca deberá entrar en el ámbito especificado de la contratación. Los requisitos, las directrices, los documentos, las aclaraciones u otros datos relativos a las negociaciones que la entidad adjudicadora comunique a un proveedor o contratista [pero que no sean específicas ni exclusivas para dicho proveedor o contratista] serán comunicados en condiciones de igualdad a todos los demás proveedores o contratistas que lleven a cabo negociaciones con la entidad adjudicadora acerca de la contratación."

112. Al presentarse el párrafo propuesto se explicó que el alcance que pretendía dársele difería del párrafo propuesto que se analizaba en los párrafos 94 a 99 *supra*. El Grupo de Trabajo observó que, si bien ese último párrafo trataba de las modificaciones hechas en la solicitud de propuestas antes de la presentación de estas, el presente párrafo se refería a las modificaciones introducidas después de su presentación. Se puso de relieve la importancia que tenían las disposiciones habida cuenta del carácter flexible del diálogo competitivo. Se explicó que su finalidad consistía en asegurar que, si bien cabía aceptar variaciones en aspectos técnicos dentro del ámbito especificado de la contratación, no se permitía modificar los criterios de evaluación una vez presentadas las propuestas.

113. El Grupo de Trabajo consideró que el enunciado de la dos primeras frases de la propuesta se ajustaría a las conclusiones a las que había llegado el Grupo de Trabajo

en anteriores deliberaciones acerca de los cambios permisibles (véase el párrafo 99 *supra*).

114. Se apoyó una enmienda del texto de la propuesta con el siguiente enunciado: "Una vez presentadas las propuestas iniciales, ninguna modificación se apartará del ámbito especificado de la contratación, siempre y cuando no se modifiquen los criterios de calificación o de evaluación[, ni los criterios seguidos para definir el grupo competitivo]."

115. No obtuvo apoyo la sugerencia de que se especificara que solo cabría introducir modificaciones que estuvieran justificadas habida cuenta de las negociaciones. Se explicó que tal vez habría que introducir algún cambio en función de circunstancias no relacionadas con las negociaciones (como, por ejemplo, medidas administrativas).

116. Se apoyó la sugerencia de incluir en las disposiciones requisitos de confidencialidad, haciendo remisión, en su caso, al artículo [21] de la Ley Modelo revisada.

Párrafo 13)

117. El Grupo de Trabajo examinó el siguiente párrafo:

> "13) Una vez concluidas las negociaciones, la entidad adjudicadora deberá solicitar a todos los proveedores o contratistas con los que haya negociado que presenten sus mejores ofertas definitivas respecto de las soluciones o de la solución a que se haya llegado en el proceso de diálogo. La solicitud deberá figurar por escrito y en ella deberán especificarse la fecha y la hora límite en que deberán presentarse las ofertas. Todo contrato de la entidad adjudicadora deberá [basarse en las mejores ofertas definitivas y deberá] adjudicarse al proveedor o contratista cuya propuesta mejor satisfaga las necesidades de la entidad adjudicadora, determinadas de conformidad con los criterios para la evaluación de las propuestas indicados en la solicitud de propuestas y de conformidad con la ponderación relativa asignada a esos criterios y a la forma en que estos deberán aplicarse según lo especificado en la solicitud de propuestas."

118. Se sugirió que, en vez de hablarse de "mejores ofertas definitivas", el texto del párrafo hiciera referencia a "las ofertas definitivas". Se argumentó que el término "mejor" podía inducir a error, ya que correspondía a la entidad adjudicadora determinar cuál era la mejor oferta tras evaluar las ofertas definitivas. En sentido contrario se sostuvo que el concepto de "mejores ofertas definitivas" figuraba en la Ley Modelo de 1994 y estaba muy difundido en los regímenes de la contratación pública. Predominó la opinión de que habría que sustituir las palabras "una mejor oferta definitiva" y "las mejores ofertas definitivas" por "sus mejores ofertas definitivas", indicándose que esas ofertas eran las mejores y constituían las propuestas definitivas de cada proveedor.

Posible nuevo párrafo al final del artículo propuesto

119. Se sugirió que se agregara un nuevo párrafo al artículo propuesto que hiciera referencia a la publicación del aviso de adjudicación del contrato. A este respecto, el Grupo de Trabajo recordó que en el artículo 20 de la propuesta ya se trataba el tema

de la notificación pública de la adjudicación de contratos, por lo que sería suficiente hacer una remisión a dicho artículo. El Grupo de Trabajo convino en examinar, en el texto del proyecto de artículo 20, si este regulaba adecuadamente el contenido de la información que debería hacerse pública al adjudicarse un contrato mediante el método del diálogo competitivo.

El artículo en su conjunto

120. Se pidió a la Secretaría que armonizara el texto del artículo propuesto, referente al diálogo competitivo, con el resto de la Ley Modelo.

V. Otros asuntos

121. Se informó al Grupo de Trabajo de que la Ley Modelo revisada sería próximamente examinada por la Comisión en su 42º período de sesiones (Viena, 29 de junio a 17 de julio de 2009). Se señaló que la Comisión estudiaría el tema del programa dedicado a la contratación pública del 2 al 10 de julio. Se preveía que la Comisión examinara en sus sesiones plenarias cuestiones normativas, como el cumplimiento del mandato del Grupo de Trabajo, la ampliación del ámbito de aplicación de la Ley Modelo y la forma de abordar las políticas socioeconómicas en la Ley Modelo revisada. Se preveía asimismo que la Comisión Plenaria estudiaría las disposiciones de la Ley Modelo revisada.

122. El Grupo de Trabajo observó que la Comisión, a efectos de examinar ese tema del programa, tendría a su disposición, además de los informes sobre los períodos de sesiones 14º a 16º del Grupo de Trabajo, todos los documentos que la Secretaría había presentado al Grupo de Trabajo en el actual período de sesiones. La Secretaría tenía previsto también preparar para la Comisión un documento de sesión en el que figurarían las disposiciones revisadas que guardaran relación con el capítulo IV de la Ley Modelo.

123. El observador del Banco Mundial declaró que la institución a la que representaba había seguido con gran interés las deliberaciones del Grupo de Trabajo. Señalando que la Ley Modelo constituía un instrumento muy importante para el Banco Mundial a la hora de prestar asistencia técnica a los países en desarrollo en cuestiones de reforma de la contratación pública, esta entidad esperaba que se siguiera progresando en el fomento de la transparencia, la libre competencia, la no discriminación y la rendición de cuentas. Según declaró el observador, la postura del Banco Mundial en relación con las negociaciones competitivas y los argumentos que las justificaban era la misma que en 1994, pero esta institución estaba dispuesta a estudiar nuevos métodos y otras innovaciones en la contratación pública.

VI. Aprobación del informe del Grupo de Trabajo

124. El Grupo de Trabajo aprobó su informe, a reserva de que se confirmara el tenor exacto del proyecto de artículo 40 en todos los idiomas.

I. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: historial de redacción de algunas disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y la forma en que se tratan las cuestiones planteadas por algunas de esas disposiciones en los instrumentos internacionales que regulan la contratación pública, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 16º período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.68 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-4
II.	Conclusiones de la Secretaría acerca de la labor preparatoria de algunas disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y trato que se da en los instrumentos internacionales reguladores de la contratación pública a las cuestiones suscitadas por algunas de esas disposiciones	5-67
	A. Disposiciones acerca de la conformidad de una oferta (artículo 34 2) a) de la Ley Modelo de 1994 y proyecto de artículo 32 2) a) de la versión revisada propuesta)	5-16
	B. Textos relativos a la oferta ganadora (artículo 34 4) b) y 42 2) b) de la Ley Modelo de 1994 y artículos 32 4) b), 35 8) b) y 47 1) de texto revisado propuesto para la Ley Modelo)	17-38
	C. Indemnización por daños y perjuicios (artículo 54 3) f) de la Ley Modelo de 1994 y artículo 58 5) f) de la versión revisada propuesta para la Ley Modelo)	39-54
	D. Otras medidas correctoras previstas (artículo 54 3) a) de la Ley Modelo de 1994 y artículo 58 5) a) de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo)	55-58
	E. Excepciones a la obligación de divulgar (artículos 11 3) a) y 55 3) de la Ley Modelo de 1994 y artículos 19 2) b), 22 4) a), y 59 3) a 5) de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo)	59-67

I. Introducción

1. Los antecedentes de la labor en curso del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre 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)

se exponen en los párrafos 8 a 89 del documento A/CN.9/WG.I/WP.67, que obra en poder del Grupo de Trabajo en su 16º período de sesiones. El principal cometido del Grupo de Trabajo consiste en actualizar y revisar la Ley Modelo, de forma que se tengan en cuenta las novedades ocurridas en la esfera de la contratación pública.

2. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo completó la primera lectura del texto revisado propuesto de la Ley Modelo que figura en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 a 4). Tomó nota de que, pese a que algunas cuestiones seguían pendientes, en particular la totalidad del capítulo IV, se había llegado a un acuerdo sobre el marco conceptual. Tomó nota asimismo de que cierta labor de investigación sería requerida respecto de algunas de las disposiciones a fin de comprobar su compatibilidad con los instrumentos internacionales pertinentes. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara los textos presentados en el documento A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 a 4 a la luz de sus deliberaciones en su 15º período de sesiones, a fin de poder volverlos a examinar (A/CN.9/668, párrs. 11 y 12).

3. Se ha preparado la presente nota a raíz de la solicitud del Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, de que la Secretaría investigue el historial de la labor preparatoria de algunas disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y el trato que se daba en los instrumentos internacionales pertinentes a las cuestiones suscitadas por algunas de esas disposiciones. Se trata de disposiciones que se han incorporado al proyecto revisado de la Ley Modelo que se presentó al Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones, pero cuyo texto dio lugar a que los delegados y observadores suscitaran diversas cuestiones y formularan propuestas para su revisión. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de esas propuestas hasta después de haber examinado el resultado de la labor investigadora de la Secretaría. (En una nota aparte (A/CN.9/WG.I/WP.69 y sus adiciones) se presenta el texto revisado de la Ley Modelo en el que se reflejan las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones).

4. De conformidad con lo convenido por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 280), los documentos del 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo serán publicados en el sitio web de la CNUDMI tan pronto como estén disponibles en cada uno de los idiomas de trabajo.

II. Conclusiones de la Secretaría acerca de la labor preparatoria de algunas disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y trato que se da en los instrumentos internacionales reguladores de la contratación pública a las cuestiones suscitadas por algunas de esas disposiciones

A. Disposiciones acerca de la conformidad de una oferta (artículo 34 2) a) de la Ley Modelo de 1994 y proyecto de artículo 32 2) a) de la versión revisada propuesta)

5. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó la sugerencia de que se redujera la referencia genérica a “todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones”, en el contexto de la determinación de la conformidad de una oferta,

a los "requisitos pertinentes". El Grupo de Trabajo convino en aplazar el examen de esta sugerencia a una etapa ulterior. Se pidió a la Secretaría que presentara dicha sugerencia entre corchetes y que estudiara la labor preparatoria de esas disposiciones y la solución dada a cuestiones similares en los instrumentos internacionales aplicables, pidiéndosele que informara del resultado de su labor al ir a examinarse de nuevo esas disposiciones (A/CN.9/668, párrs. 180 a) y 181).

6. La Secretaría estudió la labor preparatoria de esas disposiciones, junto con el contenido de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales aplicables. El resultado de su labor puede verse a continuación.

Labor preparatoria de esas disposiciones

7. En su primer proyecto de la Ley Modelo, la Secretaría propuso definir la "oferta conforme" como toda oferta que respondiera "a las características requeridas de los bienes o de las obras adjudicables, así como a las condiciones contractuales y demás requisitos enunciados en el pliego de condiciones" (A/CN.9/WG.V/WP.24, proyecto de artículo 28 4) a)). En el segundo proyecto de la Secretaría, se hizo referencia a la conformidad de la oferta con "los requisitos enunciados en el pliego de condiciones así como a los requisitos concernientes a las características de los bienes, de las obras [o de los servicios] adjudicables y a las cláusulas y condiciones del contrato adjudicable". En ambos proyectos se hacía referencia también a los pequeños desvíos admisibles respecto de los requisitos enunciados en el pliego de condiciones.

8. En sus períodos de sesiones 11º y 12º en 1990 y 1991, el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional convino, al examinar esos proyectos, en un principio general conforme al cual debería rechazarse toda oferta que no respondiera plenamente a los requisitos enunciados en el pliego de condiciones, salvo que se tratara de desvíos de poca importancia (A/CN.9/331, párr. 156, y A/CN.9/343, párr. 49). El Grupo de Trabajo convino en una regla general que dijera "que la entidad adjudicadora podrá considerar conforme una oferta aun cuando contenga ligeros desvíos respecto de los requisitos enunciados en el pliego de condiciones y en que se definiera lo que constituye una 'oferta conforme' en el artículo 2 [entonces] destinado a las definiciones. En virtud de ello, la entidad adjudicadora sería la que decidiera qué es lo que constituía un ligero desvío en el contexto de la adjudicación de determinado contrato." (A/CN.9/331, párr. 156).

9. A raíz del acuerdo al que se llegó en el 12º período de sesiones (A/CN.9/343, párrs. 49 a 52), se reformularon dichas disposiciones, haciéndose referencia a "todos" los requisitos enunciados en el pliego de condiciones y se eliminó el texto al final de las mismas (citado en el anterior párrafo 7) que comienza por las palabras "así como" por estimarlo superfluo. En dicha ocasión, el Grupo de Trabajo no aceptó la propuesta de que se hablara de requisitos "imperativos" para distinguirlos de aquellas condiciones o especificaciones del pliego de condiciones a las que no fuera obligatorio que la oferta se ajustara (por ejemplo, si cabría o no mejorar una oferta). Se convino en que el término "requisitos" indicaba, por sí solo, la índole obligatoria de esas condiciones (A/CN.9/343, párr. 50).

10. En su 14º período de sesiones, el Grupo de Trabajo (A/CN.9/359, párr. 155) insistió en que, para ser tenida por conforme, una oferta habrá de ajustarse a todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones.

11. En ulteriores períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo tuvo ante sí textos más revisados de estas disposiciones. En particular, se reflejó en su texto la decisión de no insertar en el artículo 2 de la Ley Modelo una definición de "oferta conforme", insertando, en su lugar, el contenido de esa definición en el artículo relativo a la evaluación y comparación de las ofertas (A/CN.9/WG.V/WP.36, proyecto de artículo 28 1 *bis*) a)). En el texto revisado de esas disposiciones se adoptó básicamente el enfoque pragmático del artículo 34 2) a) de la Ley Modelo de 1994, al indicarse cuáles eran las ofertas que serían tenidas por conformes, pero sin definirse en qué consiste esa conformidad. No prosperaron las sugerencias de que se sustituyera el término "podrá" por "deberá" y se suprimiera la palabra "únicamente" (A/CN.9/371, párrs. 145 y 252, y su anexo, artículo 29 2) a)).

12. Al distribuirse el texto de la futura Ley Modelo, para que se hicieran observaciones con miras a que su texto fuera aprobado por el Grupo de Trabajo y la Comisión en 1994, no se sugirió ninguna mejora para el texto de esas disposiciones (A/CN.9/392, párr. 106, y A/49/17, párr. 44).

13. El historial de la labor preparatoria no permite ver si se examinó el párrafo 2) a) del artículo 34 al examinarse el párrafo 3) de dicho artículo. En su párrafo 3) se enuncian los motivos para rechazar una oferta indicándose, entre otras cosas, la falta de idoneidad del proveedor o contratista o la no conformidad de una oferta como motivos independientes. Si bien uno y otro juego de requisitos –para la idoneidad del proveedor o contratista y para la conformidad de la oferta– habría de figurar en el pliego de condiciones, el texto no deja claro si se tendrían en cuenta ambos juegos de criterios al determinar la conformidad de una oferta o únicamente los requisitos exigibles para su conformidad (excluyéndose los exigibles para determinar la idoneidad o aptitud del proveedor). Los autores del texto de 1994 no estaban convencidos de la conveniencia de que se especificaran los requisitos que habrían de tenerse en cuenta para determinar la conformidad de una oferta por lo que prefirieron hacer una remisión general a todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones (véanse los párrafos 7 a 9 *supra*).

Disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales aplicables

14. El Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, que entró en vigor en 1994 (Acuerdo de la OMC), exige que para que una oferta sea tomada en consideración "tendrá que cumplir, en el momento de la apertura, los requisitos esenciales estipulados en los anuncios o en el pliego de condiciones, y proceder de un proveedor que cumpla las condiciones de participación" (artículo XIII 4) a)). Las disposiciones provisionalmente aprobadas del texto revisado del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC (Acuerdo revisado de la OMC)[1] son básicamente idénticas: "para ser considerada a efectos de la adjudicación del contrato, la oferta deberá ser presentada por escrito y deberá cumplir, al ser abierta, los requisitos esenciales exigidos en los anuncios y en el pliego de condiciones y deberá proceder de un proveedor que haya satisfecho las condiciones de participación" (énfasis añadido) (artículo XV 4)). (En adelante el acuerdo original y el acuerdo revisado de la OMC serán conjuntamente designados por el término "instrumentos de la OMC".)

---

[1] Documento GPA/W/297, diciembre de 2006, disponible al publicarse este informe en www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gp_gpa_e.htm.

15. La normativa equivalente de la directiva de la UE sobre la contratación pública 2004/18/CE (directiva de la UE), de 31 de marzo de 2004, que se encuentra en el artículo 41.2, en su segundo inciso, indica la explicación motivada que ha de darse a todo licitador cuya oferta sea desestimada. Dicho texto remite a las especificaciones técnicas del contrato adjudicado, la falta de equivalencia de la oferta o el incumplimiento de los requisitos funcionales del contrato.

Opciones que el Grupo de Trabajo habrá de examinar

16. El Grupo de Trabajo tal vez desee aclarar en la Ley Modelo o en la Guía que la remisión que se hace a "todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones" con miras a determinar la conformidad de una oferta, deberá ser entendida como referida a los requisitos concernientes a esa conformidad de la oferta y no a todo requisito enunciado en el pliego de condiciones. Por ejemplo, cabe que el pliego de condiciones señale los requisitos para determinar la aptitud o idoneidad del proveedor o contratista, o que fije un plazo para la presentación de la oferta. Las consecuencias de la falta de aptitud de un concursante o del incumplimiento de un plazo están previstas en otros artículos de la Ley Modelo, por ejemplo, el artículo 30 6) de la Ley Modelo de 1994, referente a las ofertas no presentadas a tiempo.

B. Textos relativos a la oferta ganadora (artículos 34 4) b) y 42 2) b) de la Ley Modelo de 1994 y artículos 32 4) b), 35 8) b) y 47 1) de texto revisado propuesto para la Ley Modelo)

17. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó sugerencias de que se reconsiderara el término "oferta calificada de más económica". Se sugirió, en particular, que se sustituyera por el de "oferta mejor calificada". Se explicó que en la práctica se aceptaba la mejor oferta o la oferta puntuada más alta pero no la puntuada o calificada más baja ("lowest" en la versión inglesa). Se observó que el texto actual de estas disposiciones se prestaba a confusiones. El Grupo de Trabajo tomó nota de que el texto de 1994 utilizaba, en su versión inglesa, el término *"lowest evaluated tender"* ("oferta calificada de más económica" en la versión española) (A/CN.9/668, párrs. 180 c) y 220). El Grupo de Trabajo tomó también nota, a este respecto, de que en el artículo 42 de la Ley Modelo de 1994, relativo al procedimiento de selección sin negociaciones, reproducido en la versión revisada de la Ley Modelo como proyecto de artículo 35 relativo a la licitación con dos sobres, se define la propuesta ganadora como "la propuesta que (obtenga) tenga la mejor (puntuación) evaluación combinada en función de los criterios distintos del precio mencionados en el párrafo 1) del presente artículo y en función del precio". (A/CN.9/668, párr. 200.)

18. Otra sugerencia, relativa a esta misma cuestión, fue la de que el texto revisado de la Ley Modelo debería, donde proceda, aclarar que, si el precio había de ser el único criterio de valoración, el contrato habría de adjudicarse a la oferta de menor precio, pero que cuando se tuvieran en cuenta además otros criterios ajenos al precio, el contrato habría de adjudicarse a la mejor oferta o a la oferta que obtuviera mejor puntuación (A/CN.9/668, párr. 180 d)).

19. El Grupo de Trabajo convino en aplazar a una etapa ulterior su examen de todas estas sugerencias. Se pidió a la Secretaría que presentara esas sugerencias entre corchetes, que investigara la labor preparatoria de estos textos, así como la manera en que se hubieran resuelto cuestiones similares en otros instrumentos internacionales aplicables a este tema, y se le pidió que informara del resultado de su labor cuando completara su investigación (A/CN.9/668, párrs. 180 y 181).

20. La Secretaría investigó la labor preparatoria de estas disposiciones, así como el texto de las disposiciones correspondientes en los instrumentos de la OMC y en la directiva de la UE. A continuación pueden verse los resultados de esa investigación.

1. Empleo de la terminología

Labor preparatoria de estas disposiciones

21. En el anteproyecto de la Ley Modelo la Secretaría utilizó el término "la oferta más ventajosa", definiéndolo como la oferta de menor precio o la oferta económicamente más ventajosa (A/CN.9/WG.V/WP.24, proyecto de artículo 28 7) c)).

22. Al examinar el anteproyecto, en su 11º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional expresó cierta inquietud acerca del término "oferta más ventajosa". Pese a que se definía dicho término, se estimó que existía el peligro de que diera a entender que la entidad adjudicadora gozaba de un margen discrecional más amplio del que se deseaba para la evaluación de las ofertas. Se convino, por ello, en que se sustituyera dicho término por otro que no se prestara a malentendidos (A/CN.9/331, párr. 166).

23. Al preparar su segundo proyecto, la Secretaría utilizó el término "oferta más económica", definiéndolo como la oferta de menor precio o calificada de más económica (A/CN.9/WG.V/WP.28, proyecto de artículo 28 7) c)). Al examinarse ese proyecto, se expresaron inquietudes acerca de los dos nuevos términos sugeridos –"la oferta más económica" y "la oferta calificada de más económica". Se estimó que dichos términos no reflejaban debidamente el empleo que hacía la entidad adjudicadora de otros criterios distintos del precio para seleccionar la oferta ganadora. Se repitieron esos mismos reparos respecto de los términos utilizados en el anteproyecto (véase párrafo 21 *supra*).

24. Respecto del término "oferta más económica", se estimó en general que convendría utilizar un término más neutro, tal como "oferta ganadora" (A/CN.9/356, párr. 22). Se convino en que se utilizara este último término provisionalmente en espera de que se encontrara otro más adecuado (A/CN.9/356, párr. 27). Ahora bien, no ha quedado constancia de que se considerara algún otro término en sesiones ulteriores del Grupo de Trabajo ni en el seno de la Comisión, al aprobarse el texto de 1994, ni de que se expresara algún reparo acerca de dicho término. La Ley Modelo de 1994 utiliza el término "oferta ganadora" en todo lugar en donde procede usarlo.

25. Respecto del término "oferta calificada de más económica", pese a expresarse algunos reparos acerca del mismo al ser examinado por el Grupo de Trabajo en su 13º período de sesiones (véase párrafo 23 *supra*), se siguió utilizando este término en los textos examinados por el Grupo de Trabajo en dicho período de sesiones (A/CN.9/356, párrs. 26 y 31).

26. En su tercer proyecto, la Secretaría sugirió el término "oferta más favorable (ventajosa)" para que sustituyera al término "oferta calificada de más económica" (A/CN.9/WG.V/WP.33, proyecto de artículo 28 7) c) ii) y d), nota 13). Se expresó apoyo en el Grupo de Trabajo por el empleo del nuevo término sugerido al estimarse que "la oferta calificada de más económica" pudiera sugerir que el precio era el factor decisivo y por estimarse que se trataba de un término opaco y contradictorio. Prevaleció no obstante el parecer de que el término "la oferta más favorable (ventajosa)" evocaba un grado de subjetividad no deseado, mientras que el término "oferta calificada de más económica" sugería un mayor grado de objetividad, pese adolecer de ciertos defectos (A/CN.9/359, párr. 156).

27. Ni en los períodos ulteriores de sesiones del Grupo de Trabajo ni al aprobarse el texto de 1994 en la Comisión se expresó inquietud alguna acerca del término "oferta calificada de más económica" u "oferta más económica", que se utiliza en la Ley Modelo de 1994 (artículo 34 4) b) ii) y c)).

Disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales aplicables al respecto

28. Los instrumentos de la OMC dicen a este respecto que el contrato deberá adjudicarse al proveedor:

a) Cuya oferta sea la más baja o la oferta que según los criterios de evaluación establecidos en los anuncios o en el pliego de condiciones, sea considerada la más ventajosa (artículo XIII 4) b) del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC);

b) Que haya presentado la oferta más ventajosa o, cuando el precio sea el único criterio utilizable, el precio más bajo (artículo XV 5) a) del Acuerdo sobre Contratación Pública revisado de la OMC).

29. La directiva de la UE utiliza a este respecto el término de oferta económicamente más ventajosa (artículos 53 a 54) (si bien se utiliza también a veces el término "la mejor oferta" (artículos 32 4) d) y 33 6)).

Opciones presentadas al Grupo de Trabajo

30. Al considerar el Grupo de Trabajo, conforme se propuso en su 15º período de sesiones (véase párrafo 17 *supra*), el término "oferta más económica" y otros términos sugeridos como el de "la oferta mejor calificada/puntuada", tal vez proceda tener las prolongadas deliberaciones acerca de estos términos al prepararse el texto de 1994 y las ventajas e inquietudes que se señalaron. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar también los efectos de estos términos en los países que hayan promulgado la Ley Modelo de 1994.

31. Conforme se reconoció entonces, el término "oferta calificada de más económica" u "oferta más económica" puede resultar confusa en la práctica, especialmente en el marco de la subasta electrónica inversa (en donde la mejor puntuación se lleva el contrato sin que se tengan en cuenta factores ajenos al precio). El Grupo de Trabajo tal vez desee también tener en cuenta las inquietudes de los autores del texto anterior acerca del grado de subjetividad que presupone los otros términos sugeridos para la selección de la oferta ganadora.

32. Al prepararse el texto de 1994, sus autores no consideraron el término "la oferta mejor calificada/puntuada", pero tal vez le sean aplicables a dicho término las inquietudes expresadas acerca de la subjetividad de algunos términos, particularmente por razón de su proximidad al término "la mejor oferta definitiva" que se acostumbra a utilizar en los métodos de adjudicación que prevean la apertura de negociaciones.

33. El Grupo de Trabajo tal vez estime que proceda utilizar algún término distinto del juzgado apropiado para el método de la licitación en el marco de otros métodos de contratación y a la luz de las características de cada método. Por ejemplo, en la normativa concerniente a la licitación con dos sobres (véase párrafo 17 *supra*), sería inadecuado el empleo del término "oferta más económica", dado que dicho término presupone que el precio y los criterios ajenos al precio serán evaluados simultáneamente. Tal vez proceda utilizar en esta normativa términos como el de la mejor[2] puntuación combinada en función del precio y de otros criterios ajenos al precio, al reflejar dicha expresión más correctamente el proceso de evaluación en este método de contratación. Lo mismo cabe decir respecto del término "la mejor oferta definitiva" que se utiliza en métodos que prevén la apertura de negociaciones.

2. Especificación del criterio (de los criterios) para la adjudicación del contrato en la definición de oferta ganadora

Historial de la labor preparatoria

34. En el comentario adjunto al anteproyecto de la Ley Modelo, se explicó que "la oferta más ventajosa (favorable)" sería la oferta de menor precio cuando se adjudicara el contrato en función únicamente del precio. Cuando "la oferta más ventajosa" fuera a ser la oferta más económica se adjudicaría el contrato en función de otros criterios, además del precio (A/CN.9/WG.V/WP.25, párrs. 16 y 17 del comentario del proyecto de artículo 28). Esas ideas fueron reflejadas en el comentario de la Guía adjunta a la Ley Modelo de 1994.

35. Al ser aprobado el texto de la Ley Modelo por el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, su texto pasó en 1993 a la Comisión, en donde se sugirió enmendar el texto relativo a la oferta ganadora formulado en función del precio más bajo en términos como los siguientes: "Será tenida por ganadora i) la oferta del concursante que haya demostrado plenamente su actitud para llevar a cabo el contrato y cuyo precio sea más bajo". Se explicó que la enmienda tenía por objeto habilitar a la entidad adjudicadora para tomar en consideración, además del precio, la aptitud del concursante para cumplir el contrato. Dicha enmienda obtuvo escaso apoyo, al convenirse que, una vez que proveedor o contratista hubieran probado su aptitud y su oferta fuera aceptada, no debería tomarse en consideración alguna escasa diferencia en la aptitud del concursante para evaluar su oferta. De lo contrario, se daría lugar a una subjetividad excesiva en la evaluación de las ofertas que abriría la puerta a eventuales prácticas y medidas. Para

---

[2] Debe observarse que el proyecto original hablaba de la "puntuación (calificación) combinada más alta". Se convino subsiguientemente en sustituirla por la "mejor puntuación combinada" en vista de la confusión a que pudiera dar lugar si se la empleaba juntamente con la noción del precio más bajo. El Grupo de Trabajo tuvo asimismo en cuenta que los factores técnicos no serían necesariamente expresados o cuantificados en términos monetarios, dado que el sistema permitía utilizar la puntuación por "méritos" al puntuar las propuestas en lugar de ajustar el precio para que reflejara el mérito técnico relativo de cada propuesta (A/CN.9/389, párr. 73).

evitar dicho riesgo, la determinación de la aptitud debería ser una decisión de "acto o no acto" sin que fuera un criterio aplicable para la comparación de las ofertas (A/48/17, párr. 172).

Disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales aplicables

36. El Acuerdo sobre Compras Públicas de la OMC no dice nada al respecto. Las disposiciones correspondientes del Acuerdo sobre Compras Públicas de la OMC dicen que el contrato se adjudicará al proveedor que haya presentado la oferta más ventajosa o, de tomarse en consideración únicamente, el precio más bajo (artículo XV 5) a) del Acuerdo Revisado de la OMC).

37. Las disposiciones correspondientes de la directiva de la UE disponen que la entidad adjudicadora adjudicará el contrato ya sea: a) a la oferta económicamente más ventajosa para la entidad adjudicadora en función de diversos criterios vinculados al objeto del contrato, por ejemplo, la calidad, el precio, el mérito técnico y estético y las condiciones funcionales y ambientales, así como en función de la economía de los gastos de funcionamiento y de los servicios de posventa y de asistencia técnica, así como de la fecha de entrega o de la duración del período previsto para la entrega, o b) a la oferta más baja cuando el único criterio sea el precio (artículo 53 1)).

Opciones que el Grupo de Trabajo habrá de considerar

38. Las adiciones al texto que se sugirieron, con ocasión del 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo (véase párrafo 18 *supra*), no parecen contradecir la intención de los autores de la Ley Modelo y tal vez permitan alinear su texto revisado con otros instrumentos internacionales aplicables al respecto. Cabe señalar que las revisiones propuestas están también en línea con el enfoque adoptado respecto de la subasta electrónica inversa (proyecto de artículo 41 2) de la versión revisada propuesta). Por ello, tal vez el Grupo de Trabajo desee que los cambios sugeridos sean incorporados a la versión revisada de la Ley Modelo y tal vez desee también que se haga referencia a estos términos en el artículo 12 propuesto para la Ley Modelo revisada. El Grupo de Trabajo tal vez desee que este punto sea además revisado en la Guía.

C. Indemnización por daños y perjuicios (artículo 54 3) f) de la Ley Modelo de 1994 y artículo 58 5) f) de la versión revisada propuesta para la Ley Modelo)

39. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó las disposiciones concernientes a la indemnización por daños y perjuicios de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo convino en que:

a) Retener únicamente la variante I del párrafo 5) f) del proyecto de artículo propuesto (proyecto de artículo 58 de la versión revisada propuesta), cuyo texto deberá alinearse con las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, tales como el artículo XX 7) c) del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC y el artículo XVIII 7) b) de la versión revisada de dicho Acuerdo;

b) Trasladar el texto de la variante II del párrafo 5) f) a la Guía donde se explicarían los motivos para ese traslado, particularmente el de que hacer indemnizables los daños y perjuicios previsibles había resultado profundamente perturbador para los procesos de adjudicación, al facilitar motivos adicionales de recurso. Se sugirió también que la Guía explicara la evolución observable en los reglamentos sobre esta cuestión a la luz de las disposiciones pertinentes del Acuerdo revisado y sin revisar sobre contratación pública de la OMC.

40. La Secretaría investigó la labor preparatoria de las disposiciones pertinentes y los textos correspondientes de los instrumentos de la OMC. Los resultados pueden verse más adelante.

Labor preparatoria de las disposiciones

41. En el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, se suscitó una cuestión acerca de las categorías de pérdidas indemnizables. Se expresó entonces el parecer de que solo fueran indemnizables los gastos del concursante al preparar y presentar su oferta; el concursante no debería estar facultado para reclamar por concepto del lucro cesante, ya que ello expondría a la entidad adjudicadora a la reclamación de sumas que pudieran ser muy grandes. El Grupo de Trabajo no adoptó decisión alguna sobre esta cuestión en aquel período de sesiones (A/CN.9/315, párr. 120).

42. El anteproyecto de la Secretaría, relativo al recurso administrativo jerárquico, decía lo siguiente: "El [insértese el nombre del órgano administrativo] podrá conceder uno o más de los siguientes remedios: ... g) exigir el pago de una indemnización [por cualquier gasto razonable, relacionado con el proceso de contratación, en que haya incurrido la persona que presentó el recurso] [por las pérdidas ocasionadas a la persona que haya presentado el recurso] como resultado de un acto o decisión ilícitos de la entidad adjudicadora o del procedimiento ilícito por ella aplicado" (A/CN.9/WG.V/WP.27, proyecto de artículo 38 2) g)). En el comentario adjunto se observaba que, en espera de una decisión del Grupo de Trabajo al respecto, se presentaban dos variantes entre corchetes: con arreglo a la primera los gastos indemnizables no incluirían el lucro cesante para el recurrente por razón de no haberse aceptado su oferta; conforme a la segunda variante cabría reclamar el lucro cesante cuando procediera (párrafo 7 del comentario al artículo 38, y párrafo 3 del comentario al proyecto de artículo 37, en A/CN.9/WG.V/WP.27).

43. En su 13º período de sesiones, el Grupo de Trabajo no adoptó decisión alguna respecto a los tipos de pérdidas indemnizables. Al pronunciarse acerca de una cuestión conexa, el Grupo de Trabajo convino en que el interés o perjuicio que la persona debería invocar para poder ejercitar un recurso debía estar vinculado con una pérdida o perjuicio real o potencial imputable a la violación por la entidad adjudicadora de algún deber prescrito por la Ley Modelo (A/CN.9/356, párr. 156).

44. Al no haberse alcanzado decisión alguna al respecto en dicho período de sesiones, se presentó el mismo texto al examen del Grupo de Trabajo en su siguiente período de sesiones. En su 14º período de sesiones, se expresaron opiniones divergentes acerca de las dos variantes presentadas. Se reproducen a continuación dos textos pertinentes del informe de dicho período de sesiones (A/CN.9/359):

> "230. ...Según una opinión, si se limitaba la recuperación únicamente a los gastos de preparación de la oferta o propuesta, la indemnización sería

insuficiente. Al mismo tiempo, se reconoció que era excesivo exponer a la entidad adjudicadora, además, a una responsabilidad por otras pérdidas ocasionadas, en particular por el lucro cesante, dado que la indemnización provendría del erario público. Por consiguiente, se sugirió que se fijara la indemnización a algún nivel intermedio entre el importe de los gastos relacionados con la participación en el proceso de contratación y el importe del lucro cesante. No obstante, la opinión prevaleciente fue que la Ley Modelo no debería recomendar la necesidad de adoptar una pauta de indemnización que abarcara gastos distintos de los relacionados con el proceso de contratación. En particular, se expresó preocupación por el hecho de que la Ley Modelo no debía aumentar la carga que pesaba sobre las entidades adjudicadoras en el mundo en desarrollo. Al mismo tiempo, se acordó que la Ley Modelo excluyera la posibilidad de indemnizar gastos que no estuvieran relacionados con el proceso de contratación.

231. Se examinaron varias sugerencias encaminadas a dejar abierta la posibilidad de indemnización por gastos no relacionados con el proceso de contratación. Una sugerencia consistió en indicar que el órgano administrativo podría exigir que se indemnizaran "al menos" los gastos relacionados con el proceso de contratación. Según otra sugerencia, la posibilidad de indemnización adicional quedaría abierta sin tener que añadir esas palabras, pues un recurrente podría obtener una indemnización más amplia acudiendo a los tribunales. En definitiva, el Grupo de Trabajo decidió que la mejor solución sería presentar como alternativas a los Estados promulgadores los dos criterios sobre la indemnización indicados en el texto actual del apartado g) y examinar en el comentario la elección que habrían de hacer los órganos legislativos a este respecto."

45. La decisión entonces adoptada no fue cuestionada en ulteriores períodos de sesiones del Grupo de Trabajo ni en la Comisión al aprobarse el texto de la Ley Modelo. En el texto de 1994 se mantuvieron las dos variantes acerca de los gastos y daños indemnizables, complementadas por un comentario en la Guía (véase comentario al artículo 54 en el párrafo 10 de la Guía).

Disposiciones al respecto de otros instrumentos internacionales aplicables

46. Los textos pertinentes de los instrumentos de la OMC dicen:

"7. Los procedimientos de impugnación preverán: ... c) ... medidas correctivas o una compensación por los daños o perjuicios de la reclamación." (Artículo XX del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC)

"7. Cada Parte adoptará o mantendrá procedimientos que prevean: ... b) ... medidas correctivas o una compensación por los daños o perjuicios sufridos, que podrá limitarse a los gastos de la preparación de la oferta o a los gastos relacionados con la impugnación, o a unos y otros." (Artículo XVIII de la versión revisada del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC)

47. Los comentaristas que han investigado el significado de los textos citados, han observado que cabe interpretarlos como limitando la indemnización pecuniaria a los gastos de la preparación de la oferta o a los gastos en que se incurra al impugnarse la decisión, o que cabe también interpretarlos como ofreciendo a los Estados la

posibilidad de prever una indemnización adicional por concepto de daños. Estas lecturas de esos textos se explican por el empleo de la forma verbal "podrá" al hablarse de los límites de la indemnización, en lugar de alguna otra forma más prescriptiva como pudiera ser "deberá" o "se limitará" (pese a la inserción de "unos y otros" (o ambos) al final del artículo XVIII del Acuerdo revisado de la OMC). Algunos comentaristas han observado además que estas disposiciones tienen por objeto facultar a los Estados para promulgarlas a la luz de sus propias prácticas tradicionales a este respecto.

48. La directiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2007, por la que se enmiendan las directivas del Consejo 89/665/CEE y 92/13/CEE destinadas a mejorar la eficiencia de las vías de recurso contra los actos de adjudicación de contratos públicos (la "directiva sobre vías de recurso") pide a los Estados miembros que prevean la concesión de medidas cautelares, para dejar sin efecto toda decisión ilícita y para otorgar daños y perjuicios a toda persona perjudicada por dicha decisión (artículo 2 1)). No se enuncian los motivos alegables para la obtención de daños y perjuicios ni la base sobre la que se habrá de calcular la cuantía de esos daños. La concesión de daños y perjuicios queda, por ello, al arbitrio del derecho interno.

49. Al no haberse dado aún curso legal en todos los Estados de la Unión Europea a la directiva sobre vías de recurso, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar las vías de recurso disponibles en el derecho interno actual de los países de la Unión Europea. En la mayoría de los ordenamientos se aborda la cuestión de los daños y perjuicios en el marco más amplio de la puesta en práctica de un régimen eficaz en materia de recursos[3]. Algunos comentaristas han observado, por ejemplo, que ofrecer recursos que no sean viables (tal como condicionar la indemnización por daños a la demostración por el concursante de que se hubiera adjudicado a él el contrato que se esté recurriendo) privaría de eficacia a los recursos disponibles.

50. Conforme al resultado del estudio efectuado en los Estados miembros de la Unión Europea por el Programa de apoyo para la mejora de las prácticas de gestión y de gobierno (SIGMA), puesto en marcha por el Comité de Administración Pública de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE): "se está de acuerdo en reconocer que unas vías de recurso eficaces para impugnar todo acto de adjudicación de un contrato público deben dar acceso oportuno a una autoridad independiente para la solución adecuada, eficiente y rápida de toda queja presentada. Ahora bien, la práctica aplicable varía mucho de un país a otro"[4].

51. Según un estudio conjunto de la OCDE y de la Unión Europea[5], las vías de recurso de los Estados miembros de la Unión Europea están orientadas a la

---

[3] La disponibilidad de una vía de recurso eficaz responde también a lo exigido en los instrumentos de la OMC (artículo XX.2 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC y artículo XVIII de la versión revisada de dicho Acuerdo), así como en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (artículo 9 1) d)), y en los Principios no vinculantes sobre la contratación pública del Programa de acción para la cooperación económica (PACE) (anexo 3, en 4.1). Estos textos señalan también que las vías de recurso deberán ser no discriminatorias, transparentes y eficaces.

[4] E. Beth, "*Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z*", OCDE, 2007. Disponible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=987026 y en el sitio web de la OCDE.

[5] Documento Nº 30 del SIGMA "Public Procurement Review Procedures", disponible en http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/NISPAcee/UNPAN006807.pdf.

obtención de las medidas rectificadoras que procedan (denominadas a veces medidas cautelares o de reconsideración) así como a la indemnización pecuniaria de los gastos de preparación de la oferta, de las costas del recurso interpuesto, y de otros daños eventuales. En algunos ordenamientos (véase documento Nº 30 del SIGMA, citado en la anterior nota 5), se considera que la posibilidad de obtener indemnización forma parte integrante de toda vía de recurso eficiente, mientras que en la mayoría de los ordenamientos se estima que la acción rectificadora debe ser vista como la solución primordial. La indemnización será otorgable cuando ya no sea posible o viable una medida rectificadora (y podrá referirse no solo al lucro cesante, sino también a la oportunidad perdida de obtener un contrato y (menos frecuentemente) a la pérdida eventual de la reputación comercial). La práctica difiere en lo concerniente al órgano competente para otorgar la indemnización por daños.

52. En particular, de haber motivos reconocidos para reclamar por concepto de daños, la indemnización de los gastos de la preparación de la oferta es otorgable en todos los Estados miembros de la UE, mientras que la indemnización por el lucro cesante solo es posible en algunos de sus Estados, tales como Alemania, Dinamarca, Finlandia, Hungría, Letonia, Lituania, los Países Bajos, Portugal y el Reino Unido. En Francia, cabe reclamar el lucro cesante si el concursante que lo reclame tenía una probabilidad seria de obtener el contrato. En la mayoría de los casos, el tribunal competente, ya sea ordinario o administrativo, estará facultado para otorgar la indemnización por daños; sin embargo, en Dinamarca, se reconoce igualmente ese poder a un órgano administrativo especial habilitado para entender en asuntos de la contratación pública. Según los comentaristas de los reglamentos de países de la Unión Europea aplicables a la contratación pública, es cada vez más frecuente que prosperen los recursos presentados en algunos de esos países por infracciones del reglamento aplicable a la contratación pública, así como los recursos para la indemnización del lucro cesante[6].

53. El texto de los reglamentos estudiados por la OCDE está formulado en términos genéricos y coherentes con la primacía que se da en los instrumentos de la OMC a la adopción de medidas rectificadoras, aunque esos reglamentos se muestran más abiertos a la indemnización por concepto de daños que los instrumentos de la OMC. La jurisprudencia interna y la del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas[7], y el hecho de que no se haya dado aún curso legal general a la directiva sobre las vías de recurso, denotan la índole innovadora de esta rama del derecho[8].

---

[6] Véase, por ejemplo, una serie de artículos en la *Public Procurement Law Review*, *2006*, vol. 15, págs. 159 a 240; S. Treumer "*Damages for Breach of the EC Public Procurement Rules from a Danish Perspective*", *European Business Organization Law Review*, *2004*, y H. Leffler, "*Damages Liability for Breach of EC Procurement Law: Governing Principles and Practical Solutions*", *Public Procurement Law Review*, *2003*, vol. 4, págs. 151 a 161.

[7] Véase un extracto de la jurisprudencia europea anterior a la adopción de la directiva sobre las vías de recurso, en www.sigmaweb.org/dataoecd/44/45/40443900.ppt, así como información sobre la infracción de textos legales de la Unión Europea, en http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/index_en.htm.

[8] Véanse extractos de la jurisprudencia emitida en recursos presentados por la vía federal en los Estados Unidos (dirigida por la *Government Accountability Office* (GAO) de los Estados Unidos) que no concede "daños previsibles" (es decir, indemnización por lucro cesante), véase "*Bid Protests at GAO: a Descriptive Guide*", 8ª ed., 2006 (GAO-06-797SP), disponible en

Opciones que el Grupo de Trabajo habrá de considerar

54. A la luz de la labor preparatoria de estas disposiciones, así como del texto de los instrumentos internacionales aplicables y de su interpretación poco uniforme, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la manera de poner en práctica sus decisiones enunciadas en el anterior párrafo 39. Una opción consistiría en utilizar un término preceptivo para eliminar de la Ley Modelo la posibilidad de que se otorguen daños por concepto de lucro cesante, y otra sería la de retener el enfoque tal vez más flexible que se adopta en los instrumentos de la OMC. Tal vez la solución esté en impartir toda orientación adicional que proceda en el texto revisado de la Guía, insistiendo en la eficacia de las vías de recurso, en el equilibrio deseable entre las diversas medidas otorgables, en las cuestiones suscitadas por la anulación de un contrato ya adjudicado, y en los riesgos inherentes a la importancia excesiva que cabe dar a la vía administrativa jerárquica frente a la vía judicial (en particular, si se faculta a unas cuantas personas o a un órgano administrativo de escasa importancia para otorgar daños).

D. Otras medidas correctoras previstas (artículo 54 3) a) de la Ley Modelo de 1994 y artículo 58 5) a) de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo)

55. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó la sugerencia de que el párrafo 5) a) del proyecto de artículo 60 (proyecto de artículo 58 de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo) se incluyera en el encabezamiento del párrafo. Dicho párrafo indica entre los remedios otorgables que un órgano administrativo independiente podrá ser el que declare los principios o normas legales aplicables al objeto del recurso interpuesto. Se explicó que esa medida no constituía propiamente un remedio sino un paso que habría de darse en la tramitación normal del recurso interpuesto. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que investigara la labor preparatoria al respecto y decidió aplazar su examen de esa sugerencia hasta después de haber examinado las conclusiones de la Secretaría (A/CN.9/668, párr. 264).

56. El texto en cuestión y su ubicación en ese párrafo datan del texto inicial de la Secretaría concerniente al recurso por la vía administrativa, sin que se modificaran en nada al negociarse el texto de 1994. Tampoco se formularon inquietudes acerca de su contenido o de su ubicación. En el décimo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional se hizo la observación general de que los remedios indicados en el párrafo estarían a disposición del concursante en función del cual fuera la índole de su recurso (A/CN.9/315, párr. 121).

57. Por ello, cabe prever que el proveedor o contratista agraviado presente un recurso ante un órgano administrativo independiente para quejarse de que la entidad adjudicadora haya aplicado reglas o principios incorrectos al objeto de su recurso (por ejemplo, si un concursante recurre ante el órgano administrativo jerárquico contra una decisión adoptada por la entidad adjudicadora en el marco del artículo 53

---

www.gao.gov/decisions/bidpro/bid/d06797sp.pdf, y véanse los resúmenes de casos publicados en www.gao.gov/legal/bidprotest.html.

de la Ley Modelo de 1994). En tal caso, el órgano administrativo jerárquico podrá otorgar el remedio previsto en el artículo 54 3) a) del texto de 1994.

58. A la luz de esta explicación, tal vez proceda que el Grupo de Trabajo considere cuál es la ventaja de que se retenga este texto y de que se retenga en el lugar que figura en la Ley Modelo de 1994.

E. Excepciones a la obligación de divulgar (artículos 11 3) a) y 55 3) de la Ley Modelo de 1994 y artículos 19 2) b), 22 4) a), y 59 3) a 5) de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo)

59. En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se observó que las excepciones a la regla de divulgar información del artículo 19 2) b) estaban formuladas en términos demasiado latos, lo que inhibiría la transparencia, por lo que convendría reformular ese texto en términos que solo exceptúen la información confidencial. El Grupo de Trabajo convino en que se examinara en un período ulterior de sesiones si procedía reformular este texto (A/CN.9/668, párr. 131).

60. Conforme se señaló en ese período de sesiones, las excepciones a la regla de divulgar enunciadas en el artículo 19 2) b) guardan relación con las del artículo22 4) a) de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo (artículo 11 3) a) de la Ley Modelo de 1994 relativo al expediente del proceso de contratación), de donde se tomó el texto considerado (A/CN.9/668, párr. 130). Cabe también señalar que el artículo 34 8) de la Ley Modelo de 1994 enuncia asimismo excepciones a la obligación de divulgar (artículo 31 8) de la versión revisada propuesta para la Ley Modelo):

> "8) 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 de intervenir oficialmente en el examen, la evaluación o la comparación de las ofertas o en la determinación de la oferta ganadora, salvo conforme a lo previsto en el artículo 11."

61. La Secretaría investigó la labor preparatoria de los artículos 11 3) a) y 34 8) de la Ley Modelo de 1994 y examinó las disposiciones correspondientes de los instrumentos internacionales aplicables. A continuación se dan los resultados de esta investigación.

Labor preparatoria de las disposiciones

62. El proyecto inicial de la Secretaría relativo al expediente del proceso de contratación decía que "no se revelará ninguna información en contra de lo dispuesto en las leyes de [este Estado] relativas a la confidencialidad" (A/CN.9/WG.V/WP.24, artículo 33 2)). Al examinarse este texto en el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, se convino en que se ampliara el ámbito de la confidencialidad, disponiéndose que no deberá divulgarse información alguna cuando ello sea contrario a derecho, obstaculice el cumplimiento de la ley, sea contrario al interés público, perjudique algún interés comercial legítimo de las partes o inhiba una competencia leal. Se expresó cierta oposición a que se formulara una regla en términos tan latos, al alegarse que permitiría que el Estado promulgante limitara notablemente la divulgación de

información mediante leyes que declararan confidenciales diversos aspectos de un proceso de contratación (A/CN.9/331, párr. 210). En períodos de sesiones subsiguientes se convino, no obstante, en retener todas esas restricciones de la obligación de divulgar, pero disponiéndose en la Ley Modelo que, siempre que lo ordene el tribunal competente, la entidad adjudicadora deberá divulgar la información tenida por reservada, conforme le sea prescrito en la orden de dicho tribunal (A/CN.9/356, párr. 80).

63. El primer borrador de la Secretaría de lo que pasó a ser el artículo 34 8) de la Ley Modelo de 1994 es básicamente idéntico al texto actual (A/CN.9/WG.V/WP.24, proyecto de artículo 28 9)). Al examinarse ese texto inicial en el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, se convino en general en que no debería divulgarse información concerniente al examen, la aclaración, la evaluación o la comparación de las ofertas, a reserva de lo prescrito en el artículo relativo al expediente del proceso de contratación. Se mencionó expresamente a este respecto la posibilidad de que un tribunal competente ordene que se dé a conocer cierta información (A/CN.9/331, párr. 211, y A/CN.9/356, párr. 80). Por ello, el Grupo de Trabajo aprobó, con pequeñas modificaciones, el texto propuesto en el primer borrador de la Secretaría. No se cuestionó en nada la formulación de ese texto al ser aprobada la Ley Modelo en la Comisión.

Disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales aplicables

64. Conforme se observó en el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 131), el lenguaje utilizado en la Ley Modelo de 1994 y que se retiene en la versión revisada propuesta de la Ley Modelo, es similar al empleado en los instrumentos de la OMC y en la directiva de la UE. En el cuadro que sigue se cita el texto de las disposiciones pertinentes de esos instrumentos, con miras a facilitar su consulta:

Acuerdo sobre Contratación Pública (1994) de la OMC	**Acuerdo sobre Contratación Pública revisado (2006) de la OMC**	**Directiva de la UE**
Artículo XVIII **Información y examen: obligaciones de las entidades** … 4. No obstante, las entidades pueden optar por retener algunas de las informaciones sobre la adjudicación del contrato a las que se hace referencia en el párrafo 1 y en el apartado c) del párrafo 2, cuando su divulgación pueda constituir un obstáculo para el cumplimiento de las leyes o ser de otro modo contraria al interés público o lesionar los intereses	**Artículo XVII** **Divulgación de información** … *No divulgación de información* 2. No obstante otras disposiciones del presente Acuerdo, las Partes, incluidas sus entidades contratantes, no podrán facilitar a un determinado proveedor información que pueda perjudicar la competencia leal entre proveedores. 3. Ninguna de las disposiciones del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de que exige a una	**Artículo 35** **Anuncios** … 4. … Determinada información relativa a la adjudicación del contrato o a la celebración del acuerdo marco podrá no ser publicada en el caso de que su divulgación constituya un obstáculo para aplicar la legislación, sea contraria al interés público o perjudique los intereses comerciales legítimos de operadores económicos públicos o privados, o pueda

Acuerdo sobre Contratación Pública (1994) de la OMC	Acuerdo sobre Contratación Pública revisado (2006) de la OMC	Directiva de la UE
comerciales legítimos de determinadas empresas, públicas o privadas, o ir en detrimento de la competencia leal entre proveedores. **Artículo XIX** **Información y examen: obligaciones de las Partes** … 2. El gobierno de un licitador cuya oferta no haya sido elegida, que sea Parte en el presente Acuerdo, podrá pedir, sin perjuicio de las disposiciones del artículo XXII, toda la información adicional sobre la adjudicación del contrato que sea necesaria para cerciorarse de que la contratación se hizo justa e imparcialmente. A tal efecto, el gobierno contratante dará información sobre las características y ventajas relativas de la oferta ganadora y del precio del contrato. Normalmente, esta última información podrá ser revelada por el gobierno del licitador cuya oferta no haya sido elegida con tal de que haga uso de esa facultad con discreción. En los casos en que su divulgación pueda perjudicar a la competencia en futuras licitaciones, esa información no será revelada, salvo consulta previa con la Parte que la haya facilitado al gobierno del licitador cuya oferta no haya sido elegida y después de haber obtenido el consentimiento de esa Parte.	Parte, incluidas sus entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión, que revele información confidencial en virtud del presente Acuerdo, si esa divulgación pudiera: a) constituir un obstáculo para hacer cumplir las leyes; b) ir en detrimento de la competencia leal entre proveedores; c) lesionar los intereses comerciales legítimos de particulares, incluida la protección de la propiedad intelectual; o d) ser de otro modo contraria al interés público.	perjudicar la competencia leal entre ellos. **Artículo 41** **Información a los candidatos y a los licitadores** 1. Los poderes adjudicadores informarán cuanto antes a los candidatos y licitadores sobre las decisiones tomadas en relación con la celebración de un contrato marco, con la adjudicación del contrato o con la admisión a un sistema dinámico de adquisición, incluidos los motivos por los que hayan decidido renunciar a celebrar un acuerdo marco, a adjudicar un contrato para el que se haya efectuado una convocatoria de licitación o a volver a iniciar el procedimiento, o a aplicar un sistema dinámico de adquisición. Esta información se facilitará por escrito en caso de que así se solicite a los poderes adjudicadores. … 1. No obstante, los poderes adjudicadores podrán decidir no comunicar determinados datos sobre la adjudicación de los contratos, la celebración de los acuerdos marco o la admisión a un sistema dinámico de adquisición, mencionados en el párrafo 1, cuando su difusión pudiera obstaculizar la aplicación de la ley, ser contraria al interés público o perjudicar los intereses comerciales legítimos de operadores económicos públicos o privados, o perjudicar la competencia leal entre ellos.

Acuerdo sobre Contratación Pública (1994) de la OMC	Acuerdo sobre Contratación Pública revisado (2006) de la OMC	Directiva de la UE
		Artículo 69 **Anuncios** 2. … Existirá la posibilidad de no publicar la información relativa a la adjudicación del concurso de proyectos cuando su divulgación obstaculice la aplicación de la legislación vigente, sea contraria al interés público o perjudique a los intereses comerciales legítimos de empresas públicas o privadas, o pueda falsear la competencia leal entre prestadores de servicios.

Opciones que el Grupo de Trabajo habrá de examinar

65. El Grupo de Trabajo tal vez estime que las inquietudes que puedan existir acerca de estas disposiciones fueron debidamente examinadas por los autores de la Ley Modelo de 1994, que finalmente optaron por mantener el lenguaje actual, y que ese lenguaje está alineado con el empleado en los textos de los instrumentos internacionales aplicables a esta cuestión.

66. El Grupo de Trabajo tal vez estime también que, cualquiera que sea el lenguaje por el que se enuncien las restricciones en materia de divulgación, ese lenguaje deberá mantenerse alineado en la versión revisada de la Ley Modelo. Salvo las disposiciones referentes al expediente del proceso de contratación, al examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, y a la aceptación de la oferta ganadora (en lo concerniente a la moratoria imponible a su entrada en vigor), las disposiciones de la versión revisada propuesta de la Ley Modelo siguen el ejemplo del artículo 11 3) a) de la Ley Modelo de 1994 al señalar excepciones a la regla aplicable en materia de divulgación (por ejemplo, el artículo 59, que está basado en el artículo 55 de la Ley Modelo de 1994, conforme fue revisado a raíz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones (en particular, la decisión de que se adjunten las excepciones a las reglas en materia de divulgación; véase A/CN.9/668, párr. 267)).

67. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee que se mantenga la coherencia interna entre todas las disposiciones aplicables al respecto, como sería el caso de los artículos 34 8) de la Ley Modelo de 1994 (artículo 31 8) del texto revisado propuesto para la Ley Modelo), relativas al examen, la aclaración, la evaluación y la comparación de las ofertas.

A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: historial de redacción de algunas disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y la forma en que se tratan las cuestiones planteadas por algunas de esas disposiciones en los instrumentos internacionales que regulan la contratación pública, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 16º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

Párrafos

II. Conclusiones de la Secretaría sobre el historial de algunas disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y tratamiento de las cuestiones planteadas por algunas de esas disposiciones en los instrumentos internacionales que reglamentan la contratación pública (*continuación*) 1-43

F. Algunas disposiciones relativas al expediente del proceso de contratación (artículo 11 1) d) de la Ley Modelo de 1994 y proyecto de artículo 22 1) e) de la propuesta Ley Modelo revisada) 1-6

G. Disposiciones sobre la prolongación del período de validez de las ofertas y de las garantías de oferta (artículo 31 2) a) de la Ley Modelo de 1994 y proyecto de artículo 30 2) a) de la propuesta Ley Modelo revisada). 7-14

H. Notificación a los proveedores o contratistas por la entidad adjudicadora de sus decisiones y del fundamento de estas 15-43

II. Conclusiones de la Secretaría sobre el historial de algunas disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y tratamiento de las cuestiones planteadas por algunas de esas disposiciones en los instrumentos internacionales que reglamentan la contratación pública (*continuación*)

F. Algunas disposiciones relativas al expediente del proceso de contratación (artículo 11 1) d) de la Ley Modelo de 1994 y proyecto de artículo 22 1) e) de la propuesta Ley Modelo revisada)

1. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó las siguientes disposiciones tomadas del artículo 11 1) d) de la Ley Modelo de 1994:

> "1) La entidad adjudicadora llevará un expediente del proceso de adjudicación en el que conste, por lo menos, la siguiente información:
>
> …
>
> d) el precio, o la base para determinar el precio, y una reseña de las principales cláusulas y condiciones de cada oferta, propuesta o cotización y del contrato que se esté adjudicando, si son conocidos por la entidad adjudicadora;"

2. En ese período de sesiones, se preguntó sí las palabras "si son conocidos por la entidad adjudicadora", que se referían al precio, eran apropiadas, porque era poco probable que la entidad adjudicadora no conociera la información. El Grupo de Trabajo convino en que debían revisarse las disposiciones para asegurar que su significado quedara claro (A/CN.9/668, párr. 154).

3. Como también se señaló en ese período de sesiones, el comentario adjunto en la Guía indicaba la conveniencia de que la frase "si son conocidos por la entidad adjudicadora" figurara en el texto, a la luz del carácter concreto de algunos procesos de contratación. En el extracto pertinente de la Guía se señala que:

> "La razón de que se limite la divulgación de la información requerida a tenor del artículo 11 1) d) a la que sea conocida por la entidad adjudicadora es que puede haber procesos de contratación en los que no todas las propuestas estén plenamente elaboradas o perfiladas por sus autores, en particular de no haber alcanzado algunas de ellas la etapa final del proceso de contratación. La referencia en ese inciso a "la base para determinar el precio" se hace en previsión de que en ocasiones, particularmente en la contratación de servicios, las propuestas, ofertas o cotizaciones contienen una fórmula para determinar el precio pero no el precio propiamente dicho."

4. El historial de las disposiciones indica que estas se analizaron durante la negociación del texto de 1994. En particular, se incluyó la frase "si son conocidos por la entidad adjudicadora" que, al adoptarse el texto de 1994, decía "de ser conocidos por la entidad adjudicadora" y que se modificó levemente para responder a la preocupación de que estas disposiciones, tal como estaban redactadas inicialmente, se orientaran a la contratación de bienes o de obras y no se adecuaran igual de bien a la contratación de servicios, en particular ya que daban excesiva prominencia al precio de la licitación, lo cual no sería forzosamente apropiado en el caso de la contratación de servicios (A/CN.9/389, párrs. 33 y 92, y A/CN.9/392, párrs. 44 y 117 y anexo, artículo 11).

5. Cuando la Comisión examinó el proyecto de texto, en 1994, se formuló una pregunta sobre la frase "de ser conocidos por la entidad adjudicadora". En respuesta, se explicó que tenía por fin que ocuparse, por ejemplo, de los casos en que la entidad adjudicadora no podría conocer el precio hasta después de la evaluación de un proveedor o contratista sobre la base de su idoneidad, como ocurría en el sistema de doble pliego, en el que no se requeriría la apertura del pliego del precio a los proveedores y contratistas cuyas propuestas hubieran sido rechazadas por razones técnicas (A/49/17, párr. 31). Al examinar ulteriormente el comentario adjunto a esas disposiciones en la Guía, se indicó que la referencia a la información "conocida" por la entidad adjudicadora debía centrarse en las situaciones en que el precio de

ciertas propuestas no se conociera hasta después de concluidos los procesos de contratación.

6. A la luz del amplio examen de las disposiciones pertinentes en el Grupo de Trabajo y en la Comisión cuando se preparó y adoptó el texto de 1994, quizás el Grupo de Trabajo desee examinar si conviene retener en la Ley Modelo estas disposiciones tal como están redactadas actualmente. En la Guía se podría explicar además que, como el expediente del proceso de contratación se mantiene continuamente a lo largo de todo el proceso, la información necesaria se consignaría en el expediente en cuanto la entidad adjudicadora dispusiera de ella. También se podría explicar que la frase "si son conocidos por la entidad adjudicadora" no tiene por objeto disminuir en modo alguno la obligación de la entidad adjudicadora de mantener el expediente del proceso de contratación completo en todos los aspectos.

G. Disposiciones sobre la prolongación del período de validez de las ofertas y de las garantías de oferta (artículo 31 2) a) de la Ley Modelo de 1994 y proyecto de artículo 30 2) a) de la propuesta Ley Modelo revisada)

7. En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se propuso que se eliminara la segunda frase del inciso a) del párrafo 2) del proyecto de artículo 31 (proyecto de artículo 30 de la propuesta Ley Modelo revisada) por considerarse superflua. Se pidió que se examinaran el origen y las razones para la inclusión de la disposición en la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo aplazó su examen del proyecto de artículo hasta una etapa ulterior (A/CN.9/668, párrs. 175 y 176).

8. Las disposiciones en cuestión decían así:

> "2) a) Antes de que venza el plazo de validez de las ofertas, la entidad adjudicadora podrá solicitar a los proveedores o contratistas la aceptación de cierta prórroga de su validez. Todo proveedor o contratista podrá denegar esa prórroga sin perder por ello su garantía de la oferta y la validez de su oferta cesará al expirar el plazo de validez no prorrogado;"

9. Las disposiciones reproducidas en el párrafo que antecede se incluyeron en el primer borrador de la Ley Modelo preparado por la Secretaría, salvo por las últimas palabras "y la validez de su oferta cesará al expirar el plazo de validez no prorrogado" (A/CN.9/WG.V/WP.24, proyecto de artículo 25 2) a)). Estas últimas palabras se agregaron cuando el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional convino en estatuir claramente que si un contratista o proveedor no aceptaba prorrogar el plazo de validez de su oferta solo podría seguir participando en la licitación mientras su oferta fuera válida (A/CN.9/331, párr. 124).

10. Como explicó un observador en el 15º período de sesiones del actual Grupo de Trabajo, esta disposición se invocó con frecuencia en los proyectos financiados por el Banco Mundial y hacía referencia a las situaciones en que la entidad adjudicadora no podía evaluar todas las propuestas a tiempo, motivo por el cual debía prorrogar el plazo. Se observó que, en tales situaciones, los proveedores podrían prorrogar la validez de su oferta, aunque no debían estar obligados a hacerlo, y su negativa a hacerlo no debía invalidar su propuesta (A/CN.9/668, párr. 175).

11. Además, la Secretaría dio al Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional los siguientes motivos para incluir las disposiciones:

> "En los casos en los que no sea posible concluir el proceso de licitación y celebrar el contrato dentro del período establecido de validez de las ofertas, la entidad adquirente tendrá que recurrir a una prórroga de dicho período. A tenor de muchas normas sobre adquisiciones, los licitadores solo siguen vinculados por sus ofertas una vez expirado el período de validez establecido si acceden a ello. En cambio, conforme a otras normas, la entidad adquirente puede prorrogar el período de validez mediante una notificación dirigida a los licitadores con anterioridad a la expiración del período inicial. Este último sistema puede proporcionar una mayor seguridad a las entidades contratantes, pero puede ocasionar una elevación de los precios propuestos por los motivos expuestos en el párrafo anterior. Por ello quizá sea más acorde con los objetivos de economía y eficiencia fijar un período de validez ajustado a la realidad y establecer que los licitadores solo seguirán vinculados por sus ofertas una vez finalizado dicho período si acceden a ello." (A/CN.9WG.V/WP.22, párr. 141)

> "Puede redundar en un aumento de los precios propuestos por cuanto los licitadores tendrán que incluir en ellos un incremento para compensar los costos y riesgos a los que están expuestos durante ese período (por ejemplo, los costos de la fianza de licitación, la necesidad de mantener recursos propios vinculados al proyecto o los riesgos de aumento de los costos de construcción o fabricación)." (A/CN.9/WG.V/P.22, párr. 140)

> "En virtud del inciso a) del párrafo 2 la entidad contratante puede solicitar una prórroga del plazo, por ejemplo, en los casos en los que no pueda concluirse el procedimiento de licitación ni celebrarse el contrato dentro de un plazo determinado. Las prórrogas del plazo deben evitarse, pues podrían causar la pérdida de ofertas ventajosas y estorbar el buen funcionamiento del procedimiento de licitación. Para evitar que sea necesario ampliar el plazo, la entidad contratante debe procurar fijar en los documentos relativos a la contratación un plazo cuya duración sea lo más realista posible." (A/CN.9/WG.V/WP.25, párrafo 3 del comentario al proyecto de artículo 25)

12. Cuando el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional examinó el primer borrador con el comentario adjunto, convino en que no debía alentarse a la entidad adquirente a que solicitara prórrogas del período de validez de las ofertas, por lo que debía disponerse que tales prórrogas podrían solicitarse solo en circunstancias excepcionales. En relación con ello, se hizo mención de una práctica inaceptable mediante la cual las entidades contratantes presionaban a veces a los contratistas y proveedores para que otorgaran prórrogas amenazándolos con reclamar el pago de la garantía de licitación adjuntada a su oferta (A/CN.9/331, párr. 124). El acuerdo a que llegó el Grupo de Trabajo en ese período de sesiones concordaba con las opiniones expresadas anteriormente en el Grupo de Trabajo en el sentido de que la ley modelo de adquisiciones debía impedir que la entidad adquirente tratase de lograr prórrogas exageradas del período de validez (A/CN.9/315, párr. 76).

13. Estas decisiones se mantuvieron en etapas ulteriores de la negociación y al adoptarse las disposiciones pertinentes.

14. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si el historial de estas disposiciones explica por qué podría ser conveniente mantenerlas tal como figuran en la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo podría considerar también si el hecho de mantener esas disposiciones concordaría con la intención inicial de los redactores de desalentar las prórrogas del período de validez de las ofertas mediante la ley modelo. Puede que también desee explicar en la Guía revisada que el propósito de las disposiciones consiste, en particular, en evitar que las entidades adjudicadoras puedan presionar a los proveedores o contratistas para que concedan una prórroga amenazándolos con reclamar el pago de la garantía de licitación adjuntada a su oferta (véase el párrafo 12 *supra*).

H. Notificación a los proveedores o contratistas por la entidad adjudicadora de sus decisiones y del fundamento de estas

1. Notificación vinculante de las decisiones de la entidad adjudicadora

15. Conforme a la Ley Modelo de 1994, deberá notificarse a los proveedores y contratistas lo siguiente:

a) La decisión de una entidad adjudicadora de rechazar todas las ofertas (artículo 12 3), que corresponde al proyecto de artículo revisado 16 3))[1]. Además, en el artículo 11 1) f) del texto de 1994, que corresponde al proyecto de artículo 22 1) g) revisado, se precisa que deberá consignarse la decisión en el expediente del proceso de contratación. Conforme a otras disposiciones del artículo 11, esta parte del expediente deberá comunicarse a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas o solicitado ser preseleccionados (en adelante "los proveedores o contratistas interesados"), y que lo soliciten, una vez concluidos los procedimientos de contratación;

b) La decisión de una entidad adjudicadora de rechazar la oferta a causa de incentivos (artículo 15, que corresponde al proyecto de artículo 18 2) revisado). En este caso, el texto de 1994 también requiere que la entidad adjudicadora exponga los fundamentos de su decisión. Además, el artículo 11 1) h), que corresponde al proyecto de artículo 22 1) i) revisado, requiere que se incluya el hecho del rechazo en el expediente del proceso de contratación. Conforme a otras disposiciones del artículo 11, esta parte del expediente deberá comunicarse a todos los proveedores o contratistas interesados que lo soliciten en cualquier momento;

c) La decisión de una entidad adjudicadora respecto de la precalificación y durante la reevaluación de las calificaciones, de haberla, en ulteriores etapas del proceso de contratación (artículo 7 6) y 8), que corresponde a las disposiciones de los proyectos de artículos 22 9) y 10 8) d) revisados)[2]. Además, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 1) c) del texto de 1994, que corresponde al proyecto de artículo 22 1) d) revisado, deberá consignarse en el expediente del proceso de contratación información sobre las calificaciones. Según otras disposiciones del

---

[1] Véase en los párrafos 12 y 19 a 30 de la presente nota un análisis del requisito de comunicar a los proveedores o contratistas afectados los motivos de una decisión de la entidad adjudicadora.

[2] Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de modificar las disposiciones para que se exija además a la entidad adjudicadora que comunique a los proveedores y contratistas afectados los fundamentos de sus decisiones, cuando estos lo soliciten o sin que lo soliciten.

artículo 11, esta parte del expediente deberá comunicarse a los proveedores o contratistas interesados que lo soliciten, una vez concluido el proceso de contratación. Solo puede revelarse esta información en una etapa anterior previo mandamiento dictado por un tribunal;

d) La aclaración y modificación de los documentos de solicitud (artículos 28, 40, 46 4), 48 5), 49 2) y 50 1), que corresponden a los proyectos de artículos 28, 38, 39, 40 y 36 revisados). Además, conforme al artículo 11 1) m), que corresponde al proyecto de artículo 22 1) m) revisado, deberá consignarse en el expediente del proceso de contratación una reseña de las solicitudes de aclaración, así como una reseña de las modificaciones. A tenor de otras disposiciones del artículo 11, esta parte del expediente se comunicaría a los proveedores o contratistas interesados que lo solicitaran una vez concluido el proceso de contratación. Solo puede revelarse esta información en una etapa anterior previo mandamiento dictado por un tribunal;

e) Las correcciones de las ofertas presentadas (artículo 34 1) b), que corresponde al proyecto de artículo 32 1) b) revisado). Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si debería exigirse además a la entidad adjudicadora que consigne en el expediente del proceso de contratación información acerca de las correcciones. En el artículo 11 del texto de 1994 no hay ningún requisito a tal efecto;

f) La decisión de una entidad adjudicadora durante un procedimiento de selección con negociaciones consecutivas (artículo 44; en el proyecto de Ley Modelo revisada no hay actualmente ningún artículo que corresponda a este).

16. Conforme a la Ley Modelo de 1994, una entidad adjudicadora debe también responder sin demora a la solicitud de un proveedor o un contratista de que confirme que el emisor de la garantía de la oferta es aceptable (artículo 32 1) d), que corresponde al proyecto de artículo 14 1) d) revisado).

17. Además, según lo dispuesto en la propuesta Ley Modelo revisada, debe notificarse también a los proveedores o contratistas:

a) La decisión de una entidad adjudicadora de rechazar una oferta anormalmente baja (proyecto de artículo 17 revisado). El artículo propuesto exige además que se comuniquen los motivos de la decisión. Prevé asimismo que la decisión y los motivos de esta se consignen en el expediente. Se introdujeron los correspondientes cambios en el proyecto del artículo 22 1) i) revisado. Conforme a otras disposiciones del proyecto de artículo 22 revisado, esta parte del expediente se comunicaría a todos los proveedores o contratistas interesados que lo solicitaran en cualquier momento;

b) La decisión que se proponga adoptar una entidad adjudicadora de aceptar la oferta ganadora (proyecto de artículo 19 2) revisado); conforme a las disposiciones propuestas se exige también que esta decisión vaya acompañada de información adicional acerca del nombre y la dirección del proveedor o contratista que presentó la oferta ganadora, el precio del contrato adjudicado o, caso de ser necesario, un resumen de todo otro rasgo o ventaja comparativa de la oferta ganadora. Estas disposiciones se incluyeron como resultado de la introducción de una moratoria;

c) La decisión de una entidad adjudicadora durante las subastas electrónicas inversas (proyectos de artículos 44 y 45 revisados) y los acuerdos marco (proyectos de artículos 51, 53 y 55 revisados). En la actualidad, la mayoría de las veces, las disposiciones exigen que se comuniquen las decisiones sin necesidad de exponer las

razones a que obedecen. El Grupo de Trabajo podría considerar la posibilidad de fortalecer estas disposiciones exigiendo, cuando proceda, que se comuniquen a los proveedores o contratistas interesados las razones a que obedece una decisión. Se presentarían al Grupo de Trabajo las correspondientes enmiendas al proyecto de artículo 22 revisado para que las examinara a su debido tiempo.

2. Comunicación de los motivos de una decisión de una entidad adjudicadora, previa solicitud de los proveedores o contratistas interesados

18. Conforme a la Ley Modelo de 1994, una entidad adjudicadora deberá:

a) Comunicar los fundamentos de su decisión de descalificar a un proveedor o contratista durante el período de precalificación, si lo solicitan los proveedores o contratistas afectados por esa decisión (artículo 7 7), que corresponde al proyecto de artículo 15 10) revisado); y

b) Comunicar, si se solicita[3], las razones por las cuales haya rechazado todas las ofertas (artículo 12 1), que corresponde al proyecto de artículo 16 1) revisado).

Descalificación

19. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó las disposiciones contenidas en el artículo 7 7) del texto de 1994, que decían así: "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". Se cuestionó el significado de la frase final de esta disposición "sin estar por ello obligada a precisar los motivos ni indicar las razones de su decisión" (A/CN. 9/668, párr. 107).

20. El historial de estas disposiciones indica que se incluyeron en el texto de la Ley Modelo de 1994 a raíz del acuerdo a que se llegó en el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional de esclarecer y ampliar la diferencia entre "los motivos" para rechazar la preselección y "las causas en las que se fundan esos motivos" (A/CN.9/343, párr. 156).

21. En su 15º período de sesiones, el actual Grupo de Trabajo acordó reformular el texto a la luz de las disposiciones reforzadas sobre vías de recurso contenidas en la Ley Modelo revisada, para que pudiera procederse a la notificación de la información pertinente y, de ser necesario, a una revisión. También se convino en que en la Guía se explicarían los motivos para las revisiones efectuadas en el texto de 1994 (A/CN.9/668, párr. 107).

22. A raíz del acuerdo a que se llegó en el Grupo de Trabajo, se eliminó de las disposiciones correspondientes del proyecto de artículo 15 10) de la propuesta Ley Modelo revisada la frase "sin estar por ello obligada a precisar los motivos ni indicar las razones de su decisión". De este modo, las disposiciones reformuladas que figuran en la propuesta Ley Modelo decían así: "La entidad adjudicadora

---

[3] En este caso, la Ley Modelo no especifica a solicitud de quién deberán explicarse los motivos de una decisión. Es de suponer que en este contexto se hace referencia a la solicitud presentada por los proveedores o contratistas interesados, según la definición del párrafo 15 a) de la presente nota.

comunicará los fundamentos de su decisión a los proveedores o contratistas que no hayan sido preseleccionados y que lo soliciten".

23. Tal vez el Grupo de Trabajo quiera considerar si las disposiciones reformuladas son suficientes para asegurar que se notifique toda la información pertinente.

24. Conviene señalar que las disposiciones en cuestión quedan complementadas por el artículo 11 1) c) del texto de 1994, que corresponden al proyecto de artículo 22 1) d) de la propuesta Ley Modelo revisada. Dicho artículo requiere que se consigne en el expediente del proceso de contratación "La información relativa a las condiciones que cumplen o no cumplen los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, propuestas o cotizaciones"[4]. Conforme a otras disposiciones del artículo 11, esa parte del expediente del proceso de contratación se comunicaría a los proveedores o contratistas interesados que lo solicitaran una vez concluido el proceso de contratación. Solo puede revelarse esta información en una etapa anterior previo mandamiento dictado por un tribunal.

Rechazo de todas las propuestas

25. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó las disposiciones tomadas del artículo 12 1) de la Ley Modelo de 1994 que decía así: "La entidad adjudicadora comunicará a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas, propuestas o cotizaciones, y que lo soliciten, las razones por las cuales haya rechazado todas las ofertas, propuestas o cotizaciones, pero no estará obligada a justificar esas razones".

26. En ese período de sesiones se sugirió que se eliminaran de estas disposiciones las palabras "que lo soliciten", como resultado de lo cual la entidad adjudicadora tendría que fundamentar su decisión de rechazar todas las ofertas en todos los casos, incluso en el caso de que ningún proveedor o contratista solicitara que así lo hiciera (A/CN.9/668, párr. 115).

27. También se sugirió que se eliminaran de las disposiciones de que se trata las palabras "pero no estará obligada a justificar esas razones", por considerarlas superfluas. La opinión general fue que no debía exigirse a la entidad adjudicadora que justificara su decisión de rechazar todas las ofertas, pero que sí debía comunicar a los proveedores o contratistas interesados la decisión y las razones de esta (A/CN.9/668, párrs. 114 y 115).

28. No se llegó a ningún acuerdo respecto de la cuestión de determinar si las disposiciones debían revisarse atendiendo a estas sugerencias. El Grupo de Trabajo aplazó la aprobación del proyecto de artículo que se proponía que se revisara en ese período de sesiones hasta una etapa ulterior (A/CN.9/668, párrs. 115 y 116).

29. La Secretaría analizó el historial de estas disposiciones. A continuación se exponen sus conclusiones.

---

[4] Esta redacción excluiría la información relativa a las condiciones que cumplen o no cumplen los proveedores o contratistas que presentaron solicitudes de preselección, pero que quedaron excluidos de seguir participando en el proceso de contratación por haber sido descalificados durante la preselección. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de revisar las disposiciones de modo que también se haga referencia a la información relativa a las condiciones que cumple o no cumple este último grupo de proveedores o contratistas.

30. El primer borrador de la Secretaría solo incluía el requisito de comunicar a todos los proveedores o contratistas que hubieran presentado ofertas que se habían rechazado todas las ofertas (A/CN.9/WG.V/WP.24, proyecto de artículo 29 3)). Este requisito no suscitaba preocupación y se mantuvo a lo largo de toda negociación del texto de 1994 y al ser aprobado este en la Comisión. Figura en el artículo 12 3) del texto de 1994.

31. El Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional decidió complementar este requisito con disposiciones en virtud de las cuales la entidad adjudicadora debería, si así se solicitaba, exponer los motivos que existieran para rechazar todas las ofertas. Se convino en que la entidad adjudicadora no debía estar obligada a justificar esos motivos (A/CN.9/331, párr. 181).

32. El segundo proyecto presentado por la Secretaria se enmendó en consecuencia. Si bien las palabras "si así se solicitaba" no suscitaron preocupación, en ulteriores etapas de la negociación del texto de 1994 y al ser aprobado este en la Comisión, sí fueron motivo de inquietud las palabras "pero no estará obligada a justificar esos motivos", que se agregaron a las disposiciones.

33. Cuando el Grupo de Trabajo examinó el segundo proyecto de la Secretaría, se expresó la opinión de que dichas palabras podrían plantear dificultades en aquellas jurisdicciones donde los tribunales tienen facultades inherentes para revisar las decisiones administrativas e indagar los motivos invocados para justificar acciones administrativas. Por otra parte, se dijo que podrían plantearse casos en que fuese apropiado pedir a la entidad adjudicadora que justificase los motivos del rechazo de ofertas. Se sugirió además que el criterio adoptado podría afectar la capacidad de las partes agraviadas para plantear recursos. No obstante, la opinión prevaleciente fue la de mantener las palabras. En apoyo de ese punto de vista, se manifestó que una entidad adjudicadora debía tener la libertad de no adjudicar un contrato por motivos económicos, sociales o políticos que no necesitaba justificar. Bastaría con que expusiera los motivos y no debería haber ningún recurso contra la entidad adjudicadora por el rechazo de todas las ofertas. Sobre esta base, el Grupo de Trabajo decidió mantener esas palabras y aprobó las disposiciones (A/CN.9/356, párrs. 47 y 48). En las etapas ulteriores de negociación del texto de 1994 y al ser aprobado este en la Comisión esta redacción no suscitó inquietud.

34. En consecuencia, no parece haber diferencias en la forma de entender el texto entre quienes redactaron el texto de 1994 y el actual Grupo de Trabajo, es decir, que la entidad adjudicadora no debe estar obligada a justificar los motivos de su decisión de rechazar todas las ofertas. No obstante, quienes redactaron el texto de 1994 no consideraron que las palabras "pero no estará obligada a justificar esos motivos" fueran superfluas. Decidieron mantenerlas como indicación de que las decisiones pertinentes de una entidad adjudicadora no podían ser impugnadas por los proveedores o contratistas. Además, estas disposiciones se complementaron con el artículo 52 2), que excluía la posibilidad de interponer un recurso contra la decisión de una entidad adjudicadora de rechazar todas las ofertas.

35. Como se ha indicado en el párrafo 32 *supra*, el Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional tampoco cuestionó la necesidad de incluir las palabras "si así se solicitaba". El Grupo de Trabajo podría considerar si debe adoptar un enfoque diferente, de modo que la entidad adjudicadora estará siempre obligada a adjuntar información acerca de los motivos de su decisión a la notificación

de rechazo de todas las ofertas, que debe comunicar conforme a lo dispuesto en el artículo 12 3) del texto de 1994 (que corresponde al proyecto de artículo 16 3) de la propuesta Ley Modelo revisada).

36. Conviene precisar que las disposiciones relativas al rechazo de todas las ofertas se complementaron con las del artículo 11 1) f) del texto de 1994, que corresponde al proyecto de artículo 22 1) g) revisado. Conforme a este último debe incluirse en el expediente del proceso de contratación información acerca de la decisión y de los motivos de esta. A tenor de otras disposiciones del artículo 11, esa parte del expediente del proceso de contratación se comunica a los proveedores o contratistas interesados que lo soliciten una vez concluido el proceso de contratación.

3. Disposiciones adicionales de la Ley Modelo que habrán de considerarse a la luz de las disposiciones reforzadas sobre revisión y vías de recurso

37. El Grupo de Trabajo podría considerar la aplicación de su decisión de eliminar el artículo 52 2) del texto de 1994 en el contexto de otras disposiciones de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo recordará que el artículo 52 2) del texto de 1994 excluía la posibilidad de interponer un recurso contra diversas decisiones de la entidad adjudicadora, entre ellas la selección del método de contratación o de un procedimiento de selección, las limitaciones impuestas por razones de nacionalidad, el rechazo de todas las ofertas y la negativa de la entidad adjudicadora a responder a una manifestación de interés en un proceso de solicitud de propuestas.

38. El artículo 52 2) se incluyó en la Ley Modelo de 1994 a la luz de la decisión del Grupo de Trabajo sobre el Nuevo Orden Económico Internacional de limitar el derecho de interponer un recurso únicamente a los casos en que la entidad adjudicadora hubiera violado las obligaciones establecidas en la Ley Modelo (en particular, en lo que respecta a la calificación y selección de proveedores o contratistas) y no ampliarlo a los casos en que se produjera una pérdida real o potencial sufrida a raíz del incumplimiento de las disposiciones que atribuyeran una facultad discrecional a la entidad adjudicadora (A/CN.9/356, párr. 156). En consecuencia, en general, el texto de 1994 prevé requisitos mínimos en cuanto a la comunicación por la entidad adjudicadora de información acerca de sus decisiones a los proveedores o contratistas (véase la sección 1 *supra*). Hay aún menos requisitos en lo que respecta a la comunicación de las razones de sus decisiones (véanse las secciones 1 y 2 *supra*).

39. En el caso de rechazo de las ofertas por falta de conformidad (artículos 34 2) y 39 del texto de 1994), el historial de las disposiciones pertinentes indica la intención expresa de quienes las formularon de eximir a la entidad adjudicadora de la obligación de proporcionar la información pertinente sobre su decisión (y las razones de esta) a los proveedores o contratistas afectados. Este enfoque se explicó porque la incorporación de tal requisito constituiría "una carga adicional e injustificada para la entidad adjudicadora en un momento en que estaría ocupada con la evaluación de las ofertas y porque podría sugerir que la entidad adjudicadora tenía que adoptar una decisión específica sobre cada oferta con respecto a cada uno de los criterios enumerados en lo que pasó a ser el artículo 34 3) del texto de 1994. En consecuencia, se decidió no requerir un acto de rechazo formal (A/CN.9/359, párr. 152).

40. En otras situaciones, como en el caso de la descalificación en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 del texto de 1994 o de la devolución de la oferta

presentada una vez vencido el plazo (artículo 30 6) e) del texto de 1994), el historial no explica por qué la entidad adjudicadora no necesitaba notificar sus decisiones (y las razones de estas) a los proveedores o contratistas afectados por ellas. Esto puede considerarse una omisión. Conviene señalar que, conforme al artículo 11 del texto de 1994, no es necesario hacer constar esta información.

41. El Grupo de Trabajo podría considerar sí, en cada uno de los casos que se enumeran a continuación, en las disposiciones pertinentes debería requerirse que se comunicara: i) la decisión de la entidad adjudicadora y ii) las razones de esta. Además, el Grupo de Trabajo podría considerar también si debería proporcionarse a los proveedores o contratistas interesados la información tanto si la solicitan como si no (en los casos enumerados en los apartados a) a c) *infra*, solo se podía proporcionar la información pertinente si lo solicitaban los proveedores o contratistas interesados, pero en otros casos, en la práctica, no sería necesario que lo hicieran). En algunos casos también cabría la posibilidad de emitir una notificación (como se hace al adjudicar un contrato). Al formular su posición, el Grupo de Trabajo podría asegurarse de que en todo el texto de la Ley Modelo las situaciones parecidas se aborden de la misma manera:

a) **Limitar la participación por razones de nacionalidad** (artículo 8 2) del texto de 1994, que corresponde al proyecto de artículo 9 2) revisado). Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si las disposiciones del artículo 11 1) l) del texto de 1994 (que corresponde al proyecto de artículo 22 1) n) revisado) bastarían por sí solas. Requieren que se incluya en el expediente del proceso de contratación una declaración de los motivos y circunstancias en que se fundó la entidad adjudicadora al adoptar la decisión. Según otras disposiciones del artículo 11 (proyecto de artículo 22), esa parte del expediente del proceso de contratación se comunicaría a los proveedores o contratistas interesados en cualquier momento;

b) **La elección del método de contratación aparte de la licitación**. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si las disposiciones del artículo 11 1) i) y j) del texto de 1994 (que corresponde al proyecto de artículo 22 1) j) y l) revisado) bastarían por sí solas. Requieren que se incluya en el expediente del proceso de contratación una declaración de los motivos y circunstancias en que se fundó la entidad adjudicadora al adoptar la decisión. Conforme a otras disposiciones del artículo 11, esta parte del expediente del proceso de contratación deberá comunicarse a los proveedores o contratistas interesados en cualquier momento;

c) **La elección de una convocatoria directa a diferencia de una convocatoria abierta**. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si las disposiciones del artículo 11 1) k) del texto de 1994, que estipulan lo mismo (y que corresponden al proyecto de artículo 22 1) j) revisado), bastarían por sí solas;

d) **Descalificación por razones distintas de la precalificación** (artículo 6 del texto de 1994, que corresponde al proyecto de artículo 10 revisado). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si las disposiciones del artículo 11 1) c) del texto de 1994 (que corresponde al proyecto de artículo 22 1) d) revisado) bastarían por sí solas. Requieren que se incluya en el expediente información relativa a las condiciones que cumplen o no cumplen los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas. Según otras disposiciones del artículo 11, esta parte del expediente deberá comunicarse a los proveedores o contratistas interesados que lo

soliciten una vez concluido el proceso de contratación. Solo puede revelarse la información en una etapa anterior previo mandamiento dictado por un tribunal;

e) **Devolución de las ofertas presentadas una vez vencido el plazo** (artículo 30 6), que corresponde al proyecto de artículo 29 6) revisado). Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si debería exigirse a la entidad adjudicadora que incluya la información pertinente en el expediente del proceso de contratación. En el artículo 11 del texto de 1994 no hay ningún requisito a este respecto;

f) **Rechazo de ofertas por considerarlas no conformes** (artículo 34 2) y 3) del texto de 1994, que corresponde al proyecto de artículo 32 2) y 3) revisado). Además, el Grupo de Trabajo podría considerar si el artículo 11 1) e) del texto de 1994, que corresponde al proyecto de artículo 22 1) f) revisado, requiere efectivamente que la entidad adjudicadora incluya en el expediente información sobre la determinación de la conformidad de las ofertas. En el artículo 11 1) e) del texto de 1994 se hace referencia a una reseña de "la evaluación y la comparación" de las ofertas. Las palabras "la evaluación y la comparación" se utilizan en el artículo 34 4) del texto de 1994 (que corresponde al proyecto de artículo 32 4) revisado) únicamente en el contexto de las ofertas que no se han rechazado. El título del artículo 34 del texto de 1994 implica que la palabra "examen" se refiere a la determinación de la conformidad de las ofertas. Por ello, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de requerir expresamente que el expediente incluya información sobre la determinación de la conformidad de las ofertas;

g) En el **procedimiento de selección sin negociaciones** (artículo 42 del texto de 1994, que corresponde al proyecto de artículo 35 revisado sobre la doble licitación). Las disposiciones de 1994 no exigen que se notifique a los proveedores o contratistas que han quedado excluidos de seguir participando en la contratación porque no alcanzaron una calificación que se sitúe en el nivel mínimo o por encima de él. Esto contrasta con el artículo 44 d) del texto de 1994 (Procedimiento de selección con negociaciones consecutivas; no hay ninguna disposición correspondiente en la propuesta Ley Modelo revisada), en el que en situaciones parecidas se requiere una notificación. Quizás el Grupo de Trabajo desee considerar si debería exigirse a la entidad adjudicadora que consigne la información pertinente en el expediente. En el artículo 11 de la Ley Modelo de 1994 no hay ninguna disposición a tal efecto;

h) **Solicitud de propuestas, negociación competitiva y solicitud de cotizaciones** (artículos 48 a 50 del texto de 1994; disposiciones correspondientes sobre la solicitud de cotizaciones que figuran en el proyecto de artículo 36 revisado; en la actual Ley Modelo revisada que se ha propuesto no hay ninguna disposición correspondiente para solicitar propuestas y negociaciones competitivas). El Grupo de Trabajo podría considerar si en la Ley Modelo revisada debería reforzarse la reglamentación de estos métodos aplicándoles las disposiciones relativas a la aceptación de las ofertas ganadoras, incluida una moratoria;

i) **Reconsideración por la entidad adjudicadora** (artículos 53 y 56 del texto de 1994, que corresponden a los proyectos de artículos 57 y 60 revisados). En virtud de lo dispuesto en el artículo 56 5) del texto de 1994, por ejemplo, es preciso consignar en el expediente las decisiones de aceptar una reclamación, suspender los procedimientos de contratación o prolongar la suspensión, junto con los motivos y las circunstancias del caso, pero no hay ningún requisito de notificación. Las disposiciones se incluyeron en el proyecto de artículo 60 3) revisado para que el

Grupo de Trabajo las examinara. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si bastarán[5]; y

j) **Procedimientos de contratación por un método distinto de la convocatoria a licitación en que no se adjudica un contrato**. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si las disposiciones del artículo 11 1) g) (que corresponde al proyecto de artículo 22 1) h) revisado) bastarían por sí solas. Conforme a estas disposiciones deben enunciarse en el expediente las razones por las cuales en los procesos de contratación no se adjudicó un contrato. Conforme a otras disposiciones del artículo 11, esta parte del expediente deberá comunicarse a los proveedores o contratistas interesados que lo soliciten una vez concluido el proceso de contratación.

42. El Grupo de Trabajo podría considerar también la posibilidad de incluir en la Guía revisada un texto que realzara el valor del intercambio recíproco de información en casos apropiados, exigiéndose tanto a las entidades adjudicadoras como a los proveedores o contratistas (como se hace en algunas jurisdicciones). La Guía también podría hacer hincapié en la preocupación manifestada por quienes redactaron la Ley Modelo de 1994 en el sentido de que, según la etapa del procedimiento de contratación, la imposición de amplios requisitos de información podría resultar engorrosa para la entidad adjudicadora, sobre todo en la contratación tradicional, a diferencia de la electrónica. Sin embargo, el requisito de que se notifique la información pertinente debe considerarse siempre en relación con el derecho de los proveedores o contratistas interesados a obtener la reconsideración de las decisiones de la entidad adjudicadora, conforme a lo dispuesto en las disposiciones reforzadas de la Ley Modelo revisada.

43. En este contexto, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la inclusión en la Ley Modelo revisada de disposiciones sobre el momento de efectuar las notificaciones. Por ejemplo, algunas disposiciones de la propuesta Ley Modelo revisada ya requieren que las decisiones (que se proponga adoptar) la entidad adjudicadora se comuniquen sin demora a los proveedores o contratistas interesados. El Grupo de Trabajo podría considerar caso por caso si sería apropiado exigir que se comunicara invariablemente y sin demora al proveedor (proveedores) o contratista (contratistas) afectados una decisión en cuanto se haya adoptado. El Grupo de Trabajo también podría considerar la posibilidad de incluir en la Guía un análisis de la interacción entre el momento en que deberán comunicarse algunas de las notificaciones y la moratoria.

---

[5] Conviene señalar que a diferencia de otras situaciones parecidas, el requisito de consignar esta información en el expediente solo se encuentra en los artículos 53 y 56 y no se repite en el artículo relativo al expediente del proceso de contratación propiamente dicho. Se trata de una falta de uniformidad que el Grupo de Trabajo podría eliminar en la Ley Modelo revisada.

J. Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 16º período de sesiones

(A/CN.9/WG.I/WP.69 y Add.1 a 5) [Original: inglés]

1. Los antecedentes de la labor en curso del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre 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) se exponen en los párrafos 8 a 89 del documento A/CN.9/WG.I/WP.67, que obra en poder del Grupo de Trabajo en su 16º período de sesiones. El principal cometido actual del Grupo de Trabajo consiste en actualizar y revisar la Ley Modelo, de forma que se tengan en cuenta las novedades ocurridas en la esfera de la contratación pública.

2. En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo completó la primera lectura del texto revisado propuesto de la Ley Modelo que figura en la nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 a 4). Tomó nota de que, pese a que algunas cuestiones seguían pendientes, en particular la totalidad de su capítulo IV, se había llegado a un acuerdo sobre el marco conceptual. Tomó nota asimismo de que cierta labor de investigación sería requerida respecto de algunas de las disposiciones a fin de comprobar su compatibilidad con los instrumentos internacionales pertinentes. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara los textos presentados en el documento A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1 a 4 a la luz de sus deliberaciones en su 15º período de sesiones, a fin de poder volverlos a examinar (A/CN.9/668, párrs. 11 y 12).

3. Se ha preparado la presente nota a raíz de las solicitudes del Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones. En ella se presenta el texto revisado de la Ley Modelo a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (la "versión revisada propuesta"), con la salvedad de su capítulo IV y de las disposiciones relativas a los acuerdos marco en las que se prevé la apertura de negociaciones. El Grupo de Trabajo tal vez recuerde, a este respecto, que en su 15º período de sesiones tomó nota de las dificultades con las que se tropezaría para completar la labor de investigación y la preparación del texto que se habría de presentar a su 16º período de sesiones. Respecto de los métodos de contratación que prevén la apertura de negociaciones (capítulo IV), una delegación convino en presentar, en un documento de sesión, una propuesta de texto revisado para el capítulo IV (A/CN.9/668, párr. 278). Se convino además en que las disposiciones por las que se prevea la apertura de negociaciones, en el contexto de un acuerdo marco, serían preparadas al revisarse el capítulo IV (A/CN.9/668, párr. 224).

4. Por ello, el texto del capítulo IV, que puede verse en la adición 3 de la presente nota, se limita a agrupar las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo de 1994, introduciendo en ellas todo cambio que proceda a la luz de las revisiones ya convenidas del texto de la Ley Modelo de 1994. Dicha adición presenta también el texto consolidado propuesto para el artículo relativo a la solicitud de propuestas y a la negociación competitiva que se presentó al Grupo de Trabajo, sin que este lo examinara, en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 210 a 212). Toda

propuesta adicional de disposición relativa a los métodos de contratación, por la que se prevea la apertura de negociaciones, estará disponible durante el período de sesiones.

5. De conformidad con lo convenido por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 280), los documentos del 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo serán publicados en el sitio web de la CNUDMI tan pronto como estén disponibles en cada uno de los idiomas de trabajo.

A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.1 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 16º período de sesiones

ADICIÓN

En la presente nota se recoge el preámbulo y los artículos 1 a 14 del capítulo I (Disposiciones generales) de un texto revisado de la Ley Modelo.

Se señala a la atención del Grupo de Trabajo el texto de los proyectos de artículos 7 y 12, cuyo examen fue aplazado a una fase ulterior.

Se revisó el texto de los artículos 2, 4 2), 10 8) y 13 conforme fue solicitado por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones. El Grupo de Trabajo tiene ante sí, por vez primera, el texto revisado de estos artículos.

El Grupo de Trabajo aprobó, en su 15º período de sesiones, las disposiciones restantes del texto revisado propuesto, en la presente adición, para la Ley Modelo, ya sea sin cambio alguno o conforme fueron revisadas en ese período de sesiones.

Las observaciones de la Secretaría figuran adjuntas, en las notas de pie de página.

LEY MODELO DE LA CNUDMI SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA[1]

Preámbulo[2]

CONSIDERANDO que el [Gobierno] [Parlamento] de ... estima aconsejable reglamentar la contratación pública a fin de promover los siguientes objetivos:

a) Alcanzar una máxima economía y eficiencia en la contratación pública;

b) Fomentar y alentar una amplia participación de proveedores y contratistas en el proceso de contratación pública, previendo, en particular y siempre que proceda, su participación sin distinción de nacionalidad, para promover así el comercio internacional;

c) Promover la competencia entre proveedores o contratistas en orden al suministro del objeto del contrato adjudicable;

d) Garantizar un trato justo y equitativo a todos los proveedores y contratistas;

---

[1] El nuevo título refleja lo decidido en el Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 270).
[2] El Grupo de Trabajo aprobó el texto del preámbulo (A/CN.9/668, párr. 271).

e) Promover la rectitud y la equidad en el proceso de contratación, para que dicho proceso goce de la confianza pública; y

f) Dotar de transparencia a los procedimientos previstos para la contratación pública,

Quede por ello promulgada la siguiente Ley.

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Ámbito de aplicación

La presente Ley será aplicable a todo tipo de contrato adjudicado por una entidad adjudicadora[3].

Artículo 2. Definiciones[4]

Para los fines de la presente Ley:

a) Por "contratación pública" se entenderá la obtención, por cualquier medio, de (los) bienes, obras o servicios ((que sean) "objeto de un contrato adjudicable")[5];

b) Por "entidad adjudicadora" se entenderá:

i) *Variante I*

Todo departamento, organismo, órgano u otra dependencia administrativa del Estado, o toda subdivisión del mismo que adjudique contratos, salvo ...; (y)

---

[3] Se revisó este artículo a raíz de una decisión del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 17). Se convino en que se explicara en la Guía que todo Estado en dificultades económicas y financieras podrá suspender la aplicación de la Ley Modelo por alguna medida de rango legal (sujeta a aprobación legislativa) (A/CN.9/668, párr. 63).

[4] Se revisó el texto de este artículo a raíz de una decisión del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párrs. 272 a 274). Tal vez convenga considerar si procede introducir en la Guía un glosario de términos importantes, que complemente al artículo 2 de la Ley Modelo, y si procede presentar las definiciones por orden alfabético.

[5] El Grupo de Trabajo aprobó este texto revisado de la definición dada en la Ley Modelo de 1994 (artículo 2 a)) (A/CN.9/668, párr. 273 b)). Se convino (A/CN.9/668, párr. 273 e)) en que el comentario de la Guía que acompaña esta definición diera el contenido de las definiciones de bienes, obras o servicios tomándolas del texto de 1994 (artículo 2 c) a e)). Se convino también en que la Guía explique que la fórmula "por cualquier medio" tiene por objeto dar a entender que la contratación podrá efectuarse no solo por compra sino también por medio de otros contratos, como pudiera ser un arrendamiento, pero excluyéndose todo acto ilícito (A/CN.9/668, párr. 273 c)). El Grupo de Trabajo tal vez desee recurrir a términos equivalentes tomados del artículo I.2 del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC (1994) o del artículo II.2 b) del texto provisional revisado de este Acuerdo: "la compra, la compra a plazos o el arrendamiento, financiero o no, con o sin opción de compra".

Variante II

Todo departamento, organismo, órgano u otra dependencia de ("la administración pública" o todo otro término que se utilice para referirse a las entidades públicas del Estado promulgante), o toda subdivisión de uno de ellos que adjudique contratos, salvo ...; (y)

ii) (El Estado promulgante podrá indicar en este inciso y, de ser preciso, en incisos subsiguientes, otras entidades o empresas, o categorías de ellas, que hayan de incluirse en la definición de "entidad adjudicadora")[6];

c) Por "proveedor o contratista" se entenderá toda entidad comercial que pueda ser, o que sea ya, parte, según sea el caso, en un proceso de contratación[7] con la entidad adjudicadora;

d) Por "contrato adjudicado" se entenderá el contrato concluido entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista a raíz de un proceso de contratación[8];

e) Por "garantía [de oferta]" se entenderá la garantía exigida a los proveedores o contratistas por la entidad adjudicadora y entregada a esta para asegurar el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones mencionadas en [el apartado f) del párrafo 1) del artículo 14], y podrá darse en forma de garantía bancaria, caución, carta de crédito contingente, cheque bancario, depósito en efectivo, pagaré o letra de cambio. Para evitar dudas, no se aplicará este término a las garantías del cumplimiento del contrato[9];

f) El término "moneda" se aplica a toda unidad monetaria de cuenta[10];

g) Por "oferta" podrá entenderse, en sentido genérico o colectivo, toda licitación, propuesta, oferta, cotización o puja que se presente[11];

h) Por "convocatoria" se entenderá toda petición dirigida a los proveedores o contratistas para que presenten ofertas[12];

i) Por "oferta ganadora" se entenderá la oferta que la entidad adjudicadora declare ganadora con arreglo a los criterios de valoración establecidos en el pliego de condiciones, conforme a lo previsto en el artículo [12] de la presente Ley[13];

---

[6] El Grupo de Trabajo aprobó esta definición, tomada del texto de 1994 (artículo 2 b)) (A/CN.9/668, párrs. 272 a 274).

[7] El Grupo de Trabajo aprobó esta definición, tomada del texto de 1994 (artículo 2 f)) enmendado por el Grupo de Trabajo, en su 14º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 272 a 274), al sustituirse en su texto "contrato adjudicado" por "proceso de contratación" (A/CN.9/664, párr. 24).

[8] El Grupo de Trabajo aprobó esta definición, tomada del texto de 1994 (artículo 2 g)) (A/CN.9/668, párrs. 272 a 274).

[9] El Grupo de Trabajo aprobó esta definición, basada en la del artículo 2 h) del texto de 1994, y enmendada a la luz del texto propuesto para el artículo 14 (A/CN.9/668, párrs. 272 a 274).

[10] El Grupo de Trabajo aprobó esta definición, tomada del texto de 1994 (artículo 2 i)) (A/CN.9/668, párrs. 272 a 274).

[11] Definición nueva aprobada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párrs. 272 a 274).

[12] *Ibid.*

[13] *Ibid.*

j) Por "pliego de condiciones" se entenderá el conjunto de los documentos utilizados para convocar ofertas[14];

k) Por "descripción" se entenderá toda descripción que se facilite conforme a lo previsto en el artículo [11] de la presente Ley[15];

[l) Por "convocatoria abierta" se entenderá la convocatoria publicada en ... (el Estado promulgante indicará aquí la gaceta u otra publicación oficial en la que deba publicarse la convocatoria)[16];]

[m) Por "convocatoria directa" se entenderá toda convocatoria que vaya dirigida a uno o más proveedores o contratistas [seleccionado(s)/identificado(s)[17];]

n) Por "procedimiento de acuerdo marco" se entenderá una vía de adjudicación programada en dos etapas: la primera para seleccionar a uno o más proveedores o contratistas para ser partes en un acuerdo marco concertado con una entidad adjudicadora, y la segunda para adjudicar algún contrato que sea adjudicable con arreglo a ese acuerdo marco a un proveedor o contratista que sea parte en el acuerdo[18];

o) Por "acuerdo marco" se entenderá el acuerdo que se concierte al concluirse con éxito la primera etapa de un procedimiento de acuerdo marco, entre la entidad adjudicadora y uno o más proveedores o contratistas seleccionados[19];

p) Por "acuerdo marco cerrado" se entenderá todo acuerdo marco en el que no pueda entrar a ser parte ningún proveedor o contratista que no sea inicialmente parte en dicho acuerdo[20];

q) Por "acuerdo marco abierto" se entenderá todo acuerdo marco en el que puedan subsiguientemente entrar a ser partes proveedores o contratistas que no lo fueran inicialmente[21];

r) Por "procedimiento de acuerdo marco con segunda etapa competitiva" se entenderá un procedimiento de acuerdo marco en el que no sea posible precisar o concretar, en la primera etapa, algunas de las condiciones de los contratos eventualmente adjudicables, que deberán concretarse o precisarse en una segunda etapa competitiva[22];

---

[14] *Ibid.*

[15] Definición nueva aprobada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 273 d)). Su texto está basado en los artículos 16 y 27 d) del texto de 1994.

[16] El Grupo de Trabajo convino en que se colocara esta nueva definición entre corchetes, en el artículo 2, para su ulterior examen (A/CN.9/668, párr. 273 a)).

[17] *Ibid.*

[18] El Grupo de Trabajo convino en que se trasladara esta propuesta de definición desde el artículo 49, en A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4, al artículo 2 para su ulterior examen (A/CN.9/668, párr. 273 f)).

[19] *Ibid.*

[20] *Ibid.* Tal vez proceda también examinar si esta definición detallada ayudará a evitar confusiones en la lectura del capítulo VI. Véase además la nota 39 en A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4. De insertarse definiciones detalladas en este artículo, tal vez proceda insertar también otras definiciones (como la de subasta electrónica inversa).

[21] *Ibid.*

[22] *Ibid.*

s) Por "procedimiento de acuerdo marco sin segunda etapa competitiva" se entenderá un procedimiento de acuerdo marco que no prevea una segunda etapa competitiva para concretar o precisar las condiciones de los contratos eventualmente adjudicables[23];

[t) Por "enmienda de fondo en la descripción del objeto del contrato o en toda otra condición del contrato adjudicable" se entenderá toda enmienda por la que una oferta de un proveedor o contratista, que era conforme, deje de serlo, o por la que una oferta previamente no conforme pase a serlo, y toda enmienda que [pueda alterar] [altere][24] la calificación de un contratista en cuanto a su condición de idóneo o apto.][25]

Artículo 3. Obligaciones internacionales relativas a la contratación pública [y acuerdos entre unidades territoriales autónomas (de este Estado)][26]

En la medida en que la presente Ley entre en conflicto con una obligación del Estado nacida o derivada de

a) Un tratado u otra forma de acuerdo en el que sea parte con uno o más Estados,

b) Un acuerdo concertado por el Estado con una institución financiera internacional de carácter intergubernamental, o

c) Un acuerdo entre el gobierno federal de [nombre del Estado federal] y una o más de sus subdivisiones autónomas o entre dos o más de esas subdivisiones,

prevalecerán las exigencias impuestas por ese tratado o acuerdo, si bien, en todos los demás aspectos, la contratación pública se regirá por la presente Ley.

Artículo 4. Reglamentación de la contratación pública[27]

1) El (La) ... (el Estado promulgante indicará el órgano o la autoridad competente para promulgar un reglamento de la contratación pública) estará facultado para promulgar un reglamento de la contratación pública destinado a facilitar el logro de los objetivos y a hacer cumplir lo dispuesto en la presente Ley.

---

[23] *Ibid.*

[24] El Grupo de Trabajo tal vez estime que la forma verbal "pueda alterar" resulta más apropiada que la previamente utilizada "altere", dada la subjetividad de algunos criterios de idoneidad (véase el artículo 10 propuesto).

[25] El Grupo de Trabajo convino en trasladar esta nueva definición desde el artículo 51 en A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4 al artículo 2, para su ulterior examen (A/CN.9/668, párr. 273 (f)) junto con cualquier propuesta que presente al respecto algún delegado (A/CN.9/668, párr. 237). Se convino en trasladar a la Guía el contenido del texto final de la versión original en A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4, para que sirva de explicación de la razón de ser de esta definición (A/CN.9/668, párrs. 236 y 237).

[26] El Grupo de Trabajo aprobó este artículo, que reproduce el artículo 3 del texto de 1994 (A/CN.9/668, párr. 20).

[27] El Grupo de Trabajo aprobó este artículo, basado en el artículo 4 del texto de 1994, con las revisiones en su párrafo 2) (A/CN.9/668, párrs. 26 y 27).

2) Ese reglamento deberá incluir un código de conducta para cargos o funcionarios de la entidad adjudicadora, previendo, entre otras cosas, la prevención de conflictos de interés en la contratación pública y, cuando proceda, medidas para reglamentar las declaraciones exigibles a dicho respecto del personal encargado de la contratación acerca de todo contrato adjudicable, así como los procedimientos de selección y los requisitos de capacitación de ese personal[28].

Artículo 5. Publicación de textos jurídicos[29]

1) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2) del presente artículo, el texto de la presente Ley, así como los del reglamento de la contratación pública y demás textos jurídicos de aplicación general relativos a la contratación pública objeto de la presente Ley, y todas sus enmiendas, serán puestos sin demora a disposición del público y sistemáticamente actualizados.

2) Toda decisión judicial o resolución administrativa, que tenga valor de precedente para la contratación pública prevista en la presente Ley, será puesta sin demora a disposición del público, actualizándose, conforme sea necesario, la información que se publique al respecto.

Artículo 6. Información sobre contratos próximamente adjudicables[30]

Las entidades adjudicadoras podrán publicar información sobre los contratos adjudicables en los próximos meses o años. Tal publicación no constituirá una convocatoria de ofertas y no obligará a la entidad adjudicadora a anunciar convocatorias para los contratos que se hubieren dado a conocer.

---

[28] Se convino en que se complementara el texto de este párrafo reproduciéndose en la Guía el párrafo 5) del artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción y discutiéndose su puesta en práctica (A/CN.9/668, párrs. 28 y 29).

[29] El Grupo de Trabajo aprobó este artículo, basado en el artículo 5 del texto de 1994 (A/CN.9/668, párr. 32).

[30] El Grupo de Trabajo aprobó el texto revisado de este artículo (A/CN.9/668, párrs. 37 y 38), y convino en que la Guía explicara las ventajas de esa publicación para una planificación estratégica y operativa de la contratación, pero debiéndose evitar el peligro de que esa publicación adelantada de los contratos adjudicables facilite prácticas de corrupción (A/CN.9/668, párr. 37).

Artículo 7. Reglas relativas a los métodos, técnica y procedimientos de contratación y tipos de convocatoria[31, 32]

1) Salvo que se disponga otra cosa en la presente Ley, la entidad adjudicadora deberá adjudicar sus contratos por medio de un proceso de licitación[33].

2) La entidad adjudicadora solo podrá recurrir a un método de contratación distinto de la licitación cuando esté obrando con arreglo a lo previsto en los párrafos 3) a 5) y 7) del presente artículo, y deberá elegir el método, la técnica o el procedimiento más competitivo[34] de entre los que resulten apropiados para la adjudicación del contrato de que se trate[35].

3) Siempre que sea posible dar a conocer una descripción detallada del objeto del contrato adjudicable y definir los criterios de evaluación en términos cuantificables o monetarios, pero no proceda abrir un proceso de licitación por razones de eficiencia económica [economía y eficiencia] [economía o eficiencia][36], la entidad adjudicadora podrá recurrir a uno de los métodos de contratación pública a que se hace referencia en el capítulo III de la presente Ley, siempre que se den las condiciones requeridas para utilizar ese método[37], conforme a lo indicado en el capítulo III.

4) Cuando a la entidad adjudicadora no le sea posible dar una descripción detallada del objeto del contrato y/o definir los criterios de evaluación en términos cuantificables o monetarios, [así como en otros supuestos indicados en el artículo 37 de la presente Ley][38], la entidad adjudicadora podrá utilizar alguno de los métodos de contratación pública previstos en el capítulo IV de la presente Ley, con tal de que

---

[31] El Grupo de Trabajo aplazó su examen del texto revisado de este artículo (A/CN.9/668, párr. 70).

[32] El cambio en el título refleja el de la versión revisada del párrafo 2) de este artículo aprobada por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párrs. 44 y 45).

[33] El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo, basado en disposiciones tomadas del artículo 18 1) del texto de 1994 (A/CN.9/668, párr. 40).

[34] Tal vez proceda examinar cómo deberá explicarse en la Guía la noción de "competitivo" y en qué medida cabrá facilitar la competitividad sin recurrir a un procedimiento "abierto".

[35] El Grupo de Trabajo aprobó el texto revisado de este párrafo, basado en el artículo 18 del texto de 1994 (A/CN.9/668, párrs. 44 y 45). Deberá explicarse en la Guía el significado de la expresión "apropiado para la adjudicación del contrato de que se trate" (A/CN.9/668, párrs. 42 y 43).

[36] Tal vez proceda considerar la medida si debe alinearse la referencia a "eficiencia económica" que se hace en este artículo con otras referencias similares que se hacen en otras partes del texto (en donde no se cuidó la coherencia de los términos empleados, como es el caso de los artículos 20, 34 y 48 2) propuestos). Véase también el comentario propuesto para esos artículos.

[37] El Grupo de Trabajo aprobó este texto revisado basado en el artículo 18 del texto de 1994 (A/CN.9/668, párrs. 46 a 48).

[38] Los textos entre corchetes deberán ser examinados por el Grupo de Trabajo junto con el capítulo IV a la luz de los motivos de empleo adicionales enunciados en el artículo 37 (basado a su vez en el artículo 19 del texto de 1994). Dichos motivos no están previstos en la cláusula de apertura de este apartado: "Cuando a la entidad adjudicadora no le sea posible dar una descripción detallada del objeto del contrato y/o definir los criterios de evaluación en términos cuantificables o monetarios". En el artículo 37 se citan como motivos adicionales el fracaso de la licitación abierta y consideraciones de seguridad y de defensa nacional.

se cumplan las condiciones requeridas para la utilización de ese método, conforme esté prescrito en las disposiciones pertinentes de ese capítulo[39].

5) La entidad adjudicadora podrá utilizar la subasta electrónica inversa como método [autónomo] de contratación pública o, si procede, juntamente con otros métodos de contratación, conforme a lo dispuesto en el capítulo V de la presente Ley, con tal de que se cumplan las condiciones prescritas en ese capítulo para la utilización de la subasta electrónica inversa[40].

6)[41] a) A reserva de lo dispuesto en el artículo 24 de la presente Ley, una entidad adjudicadora que recurra a un método de contratación pública distinto de la licitación, deberá hacer uso de la convocatoria abierta, salvo que[42]:

i) Concurran las condiciones para el recurso a una convocatoria directa indicadas en los artículos [34, 36, 39 y 40]; o

ii) La convocatoria directa sea la única forma de garantizar la confidencialidad o sea requerida por razones de interés nacional;

con tal de que al hacer uso de la convocatoria directa la entidad adjudicadora invite a presentar propuestas a un número suficiente de proveedores o contratistas para garantizar una competencia efectiva;

b) Cuando la entidad adjudicadora recurra a una convocatoria directa en aras de la confidencialidad, y cuando haya dictaminado, por ello, que no serán aplicables los procedimientos previstos en los artículos 6 y 15 9) en materia de divulgación pública, ni los previstos en los artículos 20, 22 2) y 24, ni ... [deberán insertarse las disposiciones en materia de divulgación pública del capítulo VII sobre las vías de recurso] de la presente Ley, la entidad adjudicadora deberá consignar en el expediente del proceso de contratación, previsto en el artículo 22 de la presente Ley, una declaración acerca de las razones y circunstancias que motivaron su dictamen[43];

c) La convocatoria abierta presupone la publicación de la solicitud de ofertas conforme a lo previsto en el artículo 24 2), salvo cuando[44]:

i) La participación en el proceso para la adjudicación del contrato esté limitada a los proveedores o contratistas internos, conforme a lo previsto en el artículo [9 1)]; o

---

[39] El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo, basado en los artículos 18 y 19 1) a) del texto de 1994 (A/CN.9/668, párr. 49).

[40] El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo (A/CN.9/668, párr. 50).

[41] El Grupo de Trabajo aplazó su examen de este párrafo revisado presentado como párrafo 7) en la versión anterior (A/CN.9/668, párrs. 66 y 67). Se observó que el contenido de este párrafo estaba basado en el de ciertas disposiciones repetitivas del texto de 1994 que pueden verse en los artículos 17, 23, 24 y 37. Tal vez proceda también examinar si la nueva ubicación de este artículo ayuda a la lectura de su texto.

[42] Este apartado está conforme lo revisó el Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 66 a) y b)).

[43] El texto de este apartado fue provisionalmente adoptado por el Grupo de Trabajo, habiéndose retenido y actualizado las remisiones internas del texto (A/CN.9/668, párr. 66 e)).

[44] Este apartado fue revisado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 66 f)). Ahora bien, tal vez deba examinarse si su formulación actual hace que no sea aplicable el artículo 24 1) en cuyo caso procedería suprimir esa remisión interna de su texto.

ii) La entidad adjudicadora dictamine que, en vista del escaso valor del objeto del contrato adjudicable, es probable que únicamente los proveedores o contratistas internos estén interesados en presentar ofertas, en cuyo caso deberá consignar en el expediente del proceso de contratación previsto en el artículo [22] de la presente Ley una relación de las razones y circunstancias que motivaron su dictamen. El Estado promulgante deberá fijar en el reglamento de la contratación pública, el umbral que permitirá invocar la excepción de escasez de valor enunciada en el presente párrafo[45].

7)[46] a) La entidad adjudicadora podrá contratar con un solo proveedor si se da alguna de las circunstancias excepcionales siguientes:

i) Los bienes, las obras o los servicios solo puedan obtenerse de determinado proveedor o contratista, o determinado proveedor o contratista goce de un derecho exclusivo sobre ellos, por lo que no exista solución alternativa razonable, ni sea por tanto posible utilizar un método competitivo[47] de contratación[48];

ii) Exista una necesidad urgente del objeto del contrato adjudicable que haga inviable, por razones de tiempo, entablar un proceso de licitación o cualquier otro método de contratación pública, siempre que las circunstancias que dieron lugar a la urgencia ni eran previsibles para la entidad adjudicadora ni obedecen a una conducta dilatoria de su parte[49];

iii) Al haber adquirido ya bienes, equipo, tecnología o servicios de un proveedor o contratista, la entidad adjudicadora decida seguir adquiriéndolos del mismo proveedor o contratista por razones de normalización o de compatibilidad con los bienes, el equipo, la tecnología o los servicios ya adquiridos, teniendo en cuenta la medida en que el contrato original satisfizo las necesidades de la entidad adjudicadora, la importancia relativa del nuevo

---

[45] El texto de este último inciso fue revisado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 66 g)).

[46] En el Grupo de Trabajo se aprobó el texto revisado de este párrafo (previamente párrafo 6) del proyecto de artículo 7) (A/CN.9/668, párrs. 51 a 64). Está basado en el artículo 22 del texto de 1994, que se decidió retener plenamente, suprimiéndose únicamente su párrafo 1) e) (A/CN9/668, párr. 58). Las decisiones adoptadas respecto de otras disposiciones conexas (A/CN.9/668, párr. 66 b)), y la inserción de nuevos textos en el párrafo obligaron a distribuir su texto entre los apartados a), b) y c). Se convino en que el comentario de la Guía señalara que en algunos países la entidad adjudicadora estaría obligada a obtener la aprobación previa de una autoridad superior para poder negociar con un solo proveedor (A/CN.9/668, párr. 53).

[47] Respecto de la noción de "competitivo", véase la nota 34 *supra*.

[48] El Grupo de Trabajo aprobó este inciso basado en el artículo 22 1) a) del texto de 1994 (A/CN.9/668, párr. 55). Se convino en que el comentario de la Guía explicara conforme procede la finalidad de este texto y diera algunos ejemplos.

[49] El Grupo de Trabajo aprobó el texto revisado de este inciso, basado en el artículo 22 1) b) del texto de 1994 (A/CN.9/668, párr. 56). Se convino en que la Guía: a) explicara que solo sería posible contratar con un solo proveedor en un supuesto en el que la urgencia del contrato impidiera la apertura de negociaciones competitivas (de existir un único proveedor contratista, la contratación con un solo proveedor estaría justificada en virtud del apartado a) sin necesidad de urgencia alguna), y b) recalcara que la exención prevista dependía exclusivamente de la urgencia del contrato, por lo que no estaría justificado seguir contratando con un único proveedor una vez satisfecha la necesidad urgente inicial (véase la nota 26 en A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1).

contrato respecto del contrato original, la índole razonable de su precio y la inexistencia de alternativas adecuadas[50];

iv) En un contrato que se adjudique para fines de defensa o de seguridad nacional, siempre que la entidad adjudicadora dictamine que todo otro método de contratación resultaría inadecuado[51];

v) A reserva de que sea aprobado por ... (el Estado promulgante designará al órgano competente), y tras haberse publicado un aviso y haberse dado la oportunidad debida para hacer comentarios[52], una entidad adjudicadora podrá contratar con un solo proveedor cuando sea preciso adjudicar el contrato a determinado proveedor o contratista para promover alguna política prevista en el artículo 12 4) a), siempre que no sea posible dar curso a esa política adjudicando el contrato a algún otro proveedor o contratista[53];

b) La entidad adjudicadora deberá publicar un aviso del contrato adjudicable a un único proveedor en ... (cada Estado indicará la gaceta u otra publicación oficial en la que haya de ser publicado). Ese aviso no confiere a los proveedores o contratistas derecho alguno, ni siquiera el de pedir que se evalúe alguna oferta suya[54];

c) El procedimiento indicado en el apartado b) del párrafo 6) del presente artículo y en los artículos [6,][55] 20, 22 2) o [[...] *se insertarán las disposiciones en materia de divulgación pública del capítulo VII sobre las vías de recurso*] de la presente Ley no serán aplicables a la contratación con un solo proveedor por razones de confidencialidad o por mediar algún interés nacional o la urgencia mencionada en el inciso ii) del apartado a) del presente párrafo. La entidad adjudicadora consignará en el expediente de la contratación previsto en el artículo [22] de la presente Ley, una relación de las razones y circunstancias que motivaron su decisión[56].

8) La entidad adjudicadora deberá consignar en el expediente previsto en el artículo [22] las razones y circunstancias que motivaron su recurso a todo método de

---

[50] El Grupo de Trabajo aprobó el texto revisado de este inciso, basado en el artículo 22 1) d) del texto de 1994 (A/CN.9/668, párr. 57). Se convino en que se explicara en la Guía que el recurso a la contratación con un solo proveedor para compras sucesivas debía ser excepcional, por lo que sería preferible que se recurriera a la técnica del acuerdo marco para compras sucesivas. De no concertarse un acuerdo marco, no debería estar permitido contratar con un solo proveedor salvo por un período breve y respecto de contratos de escasa importancia (*ibid.*).

[51] Este nuevo inciso responde al deseo del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 59) de que se explique en la Guía que cabrá también invocar el motivo de "defensa o seguridad nacional" cuando el contrato sea para fines de defensa o de seguridad regionales (*ibid.*).

[52] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si por "oportunidad para hacer comentarios" se ha de entender también la de recurrir contra dicha decisión y si este requisito es necesario.

[53] El Grupo de Trabajo decidió incorporar el texto del artículo 22 2) del texto de 1994 (A/CN.9/668, párr. 61).

[54] Este apartado nuevo responde a lo solicitado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 66 b)). Tal vez proceda examinar la compatibilidad de la última oración con las disposiciones relativas a las vías de recurso (capítulo VII).

[55] Tal vez el Grupo de Trabajo desee reconsiderar la remisión que se hace al artículo 6.

[56] Véase la primera parte de la nota 53, *supra*.

contratación distinto de la licitación o su recurso a una convocatoria directa, conforme a lo previsto en los párrafos 2) a 7) del presente artículo[57].

Artículo 8. Comunicaciones en la contratación pública[58]

1) Todo documento, notificación, decisión y demás información que se produzca en el curso de un proceso de contratación, que se comunique conforme se exige en la presente Ley, o que sea exigible en el curso de una reunión, o de un procedimiento de reconsideración, abierto con arreglo al capítulo [VII], o que deba formar parte del expediente del proceso de contratación conforme a lo previsto en el artículo [22], deberá presentarse por algún medio que deje constancia del contenido de la información y que sea accesible para su ulterior consulta.

2) El intercambio de información entre proveedores o contratistas y la entidad adjudicadora, conforme a lo previsto en [el apartado d) del párrafo 1) del artículo 14[59], los párrafos 6) y 9) del artículo 15[60], el párrafo 4) del artículo 19[61], el apartado a) del párrafo 2) del artículo 30[62], el párrafo 1) del artículo 32[63], …[64], y, caso de procederse a una convocatoria directa, conforme a lo previsto en el apartado a) del párrafo 6) del artículo 7[65]], podrá efectuarse por algún medio que no deje constancia de la información transmitida, a condición de que [se dé] [el expedidor dé] confirmación inmediata del mensaje a su destinatario, por algún medio que deje constancia de su contenido y que sea accesible para su ulterior consulta.

3) La entidad adjudicadora, al solicitar por primera vez la participación de proveedores o contratistas en el proceso de adjudicación de un contrato, especificará:

a) Todo requisito de forma exigible;

b) Los medios [que utilizará la entidad adjudicadora o que se utilizarán en su nombre] [utilizables] para comunicar información a un proveedor o contratista o al público, o [que habrá de utilizar] [utilizables por] todo proveedor o contratista para comunicarla a la entidad adjudicadora u otra entidad que actúe en su nombre;

---

[57] El Grupo de Trabajo aprobó este párrafo (A/CN.9/668, párr. 69).

[58] El Grupo de Trabajo aprobó este artículo, basado en el artículo 5 *bis*, conforme fue provisionalmente aprobado por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 17 a 25), a reserva de que se actualicen las remisiones internas del texto (A/CN.9/668, párr. 71).

[59] Corresponde a la remisión anterior al artículo 32 1) d).

[60] Corresponde a la remisión anterior al artículo 7 4) y 6).

[61] Corresponde a la remisión anterior al artículo 36 1), pero quizá el Grupo de Trabajo desee modificarla o eliminarla, según lo que se decida respecto de las revisiones propuestas para el artículo 19. La cuestión es la de si el contrato adjudicado podrá o no entrar en vigor a raíz, por ejemplo, de una llamada telefónica, confirmada luego por escrito. Véase también el artículo 19 9) *infra* (tomado del artículo 36 4) del texto de 1994) relativo al significado de expedición.

[62] Corresponde a la remisión anterior que se hacía al mismo artículo.

[63] Corresponde a la remisión anterior al artículo 34 1).

[64] La remisión omitida se hacía al anterior artículo 44 b) a f) (procedimiento de selección con negociación consecutiva). Será actualizada a la luz de la revisión que se haga del capítulo IV.

[65] Corresponde a la remisión anterior a los artículos 37 3) y 47 1) del texto de 1994.

c) Los medios que se han de utilizar para satisfacer todo requisito, prescrito en la presente Ley, de que la información conste por escrito o esté firmada; y

d) Los medios que se utilizarán para celebrar cualquier reunión de proveedores o contratistas.

4) [Los medios indicados en el párrafo anterior deberán ser] [la entidad adjudicadora utilizará medios de comunicación que sean] fáciles de utilizar junto con los que sean habitualmente empleados por los proveedores o contratistas en el contexto considerado. Para toda reunión de proveedores o contratistas que se celebre se habrán de utilizar medios que garanticen además que los proveedores o contratistas puedan participar plena y simultáneamente en la reunión.

5) [La entidad adjudicadora adoptará] [Se adoptarán] medidas adecuadas para garantizar la autenticidad, integridad y confidencialidad de la información de que se trate[66].

Artículo 9. Participación de proveedores y contratistas[67]

1) Los proveedores o contratistas están autorizados a participar en los procesos de contratación pública sin distinción alguna de nacionalidad, salvo que la entidad adjudicadora decida, por motivos previstos en el reglamento de la contratación pública o en alguna otra norma aplicable, limitar la participación en el proceso de contratación por razón de la nacionalidad.

2) Toda entidad adjudicadora que limite la participación por razones de nacionalidad, conforme a lo previsto en el párrafo 1) del presente artículo, deberá consignar en el expediente del proceso de contratación la razón y las circunstancias que hayan motivado su decisión.

3) Al solicitar por primera vez la participación de los proveedores o contratistas en un proceso de contratación, la entidad adjudicadora les informará de que podrán participar en ese proceso sin distinción alguna de nacionalidad, y no podrá modificar posteriormente lo declarado al respecto. Sin embargo, si decide limitar la participación conforme a lo previsto en el párrafo 1) del presente artículo, deberá declarar su intención en ese sentido.

---

[66] Diversas disposiciones de este artículo fueron formuladas en voz pasiva, por lo que el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las variantes entre corchetes, formuladas en voz activa para poner en claro que se trata de obligaciones de la entidad adjudicadora.

[67] El Grupo de Trabajo aprobó el texto revisado de este artículo que reproduce el artículo 8 del texto de 1994 (A/CN.9/668, párr. 72).

Artículo 10. Idoneidad exigible de todo proveedor o contratista[68]

1) El presente artículo será aplicable a la verificación que en cualquier etapa del proceso de contratación podrá efectuar la entidad adjudicadora de la idoneidad exigible de todo proveedor o contratista;

2) Los proveedores o contratistas deberán satisfacer aquellos de los siguientes criterios que la entidad adjudicadora considere apropiados para el contrato adjudicable:

i) Que poseen la competencia y las cualificaciones profesionales y técnicas, los recursos financieros, el equipo y demás medios materiales, la capacidad, fiabilidad y experiencia empresarial, la diligencia y reputación profesional, y el personal requeridos para ejecutar el contrato adjudicable;

ii) Que poseen la capacidad jurídica que sea requerida para concertar el contrato adjudicable;

iii) Que no son insolventes ni están bajo administración judicial, en quiebra o en proceso de liquidación, y que sus negocios no han sido suspendidos ni se ha abierto procedimiento judicial alguno contra ellos por cualquiera de las causas que anteceden;

iv) Que han cumplido sus obligaciones fiscales y han realizado sus aportaciones a la seguridad social en este Estado;

v) Que ni el concursante ni miembro alguno de su personal directivo o ejecutivo ha sido condenado por algún delito imputable a su conducta profesional o a alguna declaración falsa o engañosa acerca de su idoneidad para cumplir algún contrato adjudicable en los … años (el Estado promulgante fijará este plazo) que antecedan a la apertura del proceso de adjudicación, ni ha sido descalificado a raíz de un proceso administrativo de inhabilitación o de suspensión profesional.

3) A reserva del derecho de todo proveedor o contratista a proteger su propiedad intelectual o sus secretos comerciales, la entidad adjudicadora podrá pedir a los participantes en un proceso de contratación que suministren toda otra prueba documental pertinente o todo otro dato que estime oportuno para cerciorarse de la idoneidad de los proveedores o contratistas conforme a los criterios previstos en el párrafo 2).

4) Los requisitos que se fijen de conformidad con el presente artículo deberán enunciarse en la documentación de precalificación, de haberla, y en el pliego de condiciones, y serán aplicables por igual a todo proveedor o contratista. La entidad adjudicadora no impondrá criterio, requisito o procedimiento alguno para determinar la idoneidad de los proveedores o contratistas que no esté previsto en la presente Ley.

---

[68] El Grupo de Trabajo aprobó el texto revisado de este artículo, que está basado en el artículo 6 del texto de 1994, a reserva de que se actualicen, conforme proceda, las remisiones internas de su texto (A/CN.9/668, párrs. 75, 76 y 109).

5) La entidad adjudicadora evaluará la idoneidad de los proveedores o contratistas conforme a los criterios y procedimientos que se indiquen en la documentación de precalificación, de haberse facilitado alguna, y en el pliego de condiciones.

6) A reserva de lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo 9, la entidad adjudicadora no establecerá criterio, requisito ni procedimiento alguno para determinar la idoneidad de los proveedores o contratistas que discrimine entre ellos o contra alguno o algunas categorías de ellos, por razón de su nacionalidad, o que no sea objetivamente justificable.

7) No obstante lo dispuesto en el párrafo 6) del presente artículo, la entidad adjudicadora podrá exigir la legalización de los documentos probatorios facilitados por el proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora para demostrar que reúne las cualificaciones exigidas. Al hacerlo, la entidad adjudicadora no impondrá requisito alguno en materia de legalización de los documentos probatorios que no esté ya previsto en la legislación del Estado para la legalización de los documentos de esa índole.

8) a) La entidad adjudicadora descalificará a un proveedor o contratista si descubre en algún momento que presentó información falsa acerca de su idoneidad;

b) La entidad adjudicadora podrá descalificar a un proveedor o contratista si descubre en cualquier momento que la información presentada respecto de su idoneidad adolece de omisiones o de errores graves;

c) Salvo en casos en los que sea aplicable el apartado a) del presente párrafo, la entidad adjudicadora no podrá descalificar a un proveedor o contratista por razón de que la información presentada acerca de su idoneidad adolezca de algún error u omisión no esencial. Un proveedor o contratista podrá, no obstante, ser descalificado si no subsana sin demora esas deficiencias al ser requerido a hacerlo por la entidad adjudicadora;

d) La entidad adjudicadora podrá exigir de un proveedor o contratista precalificado de conformidad con el artículo 15 de la presente Ley que vuelva a probar su idoneidad con arreglo a los mismos criterios que se utilizaron para su precalificación. La entidad adjudicadora deberá descalificar a todo proveedor o contratista que no consiga volver a probar su idoneidad, de haber sido requerido a hacerlo. La entidad adjudicadora deberá informar sin demora a cada proveedor o contratista al que se haya exigido que vuelva a probar su idoneidad, acerca de si ha conseguido o no volverla a probar conforme a las expectativas de la entidad adjudicadora[69].

---

[69] Se ha insertado este apartado a raíz del deseo expresado por el Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, de que el contenido de este apartado, que formaba parte del último párrafo del artículo 15, sea trasladado al párrafo 8) del artículo 10 (A/CN.9/668, párr. 109).

Artículo 11. Reglas relativas a la descripción del objeto del contrato adjudicable, y a las condiciones de ese contrato o del acuerdo marco[70]

1) La entidad adjudicadora indicará en el pliego de condiciones la descripción del objeto del contrato adjudicable de la que se valdrá para [su examen de las ofertas] [determinar si una oferta es conforme][71]. Cuando la entidad adjudicadora haya fijado algún umbral para determinar si una oferta no es conforme, la entidad adjudicadora deberá también consignar, en el pliego de condiciones, el umbral fijado y la manera en que será aplicado en su [examen] [evaluación] de las ofertas[72].

2) No se dará ni en la documentación de precalificación, de existir alguna, ni en el pliego de condiciones descripción alguna del objeto del contrato adjudicable que suponga un obstáculo para la participación de proveedores o contratistas en el proceso de adjudicación, evitándose en particular todo obstáculo basado en la nacionalidad.

3) La descripción del objeto del contrato adjudicable podrá hacerse mediante especificaciones, planos y dibujos o diseños, indicándose los requisitos y métodos en materia de ensayo, así como el envasado, las marcas o etiquetas y los certificados de conformidad exigibles, y los símbolos y la terminología utilizables.

4) En lo posible[73], toda descripción del objeto del contrato adjudicable será objetiva, funcional y genérica, e indicará las características técnicas y de calidad de dicho objeto o sus características de funcionamiento. No se exigirán ni mencionarán marcas comerciales ni denominaciones de origen, patentes, diseños o modelos de fabricantes o productores determinados, salvo que no exista otro medio suficientemente preciso o inteligible de describir las características del objeto del contrato adjudicable y a condición de que se emplee la fórmula "o su equivalente" o palabras de alcance similar[74].

5) a) Al describir las características técnicas y de calidad del objeto del contrato adjudicable, en la documentación de precalificación, de irse a facilitar

---

[70] El Grupo de Trabajo aprobó el texto revisado de este artículo, que está basado en el artículo 16 del texto de 1994 (A/CN.9/668, párrs. 78 a 80). Se convino en señalar en el comentario de este artículo en la Guía, a la atención del Estado promulgante, la práctica, al parecer útil, adoptada en algunos países, de exigir que se indique en el pliego de condiciones la fuente de todo término técnico utilizado (tal como vocabulario común europeo de Contratos Públicos).

[71] El Grupo de Trabajo tal vez recuerde que se estimó que la palabra "examen" era el término indicado para referirse a la determinación de la conformidad de una oferta (véase párr. 41 f) en A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, referido al artículo 34 del texto de 1994), por lo que tal vez desee considerar si procede utilizar este término genérico o un texto descriptivo, y si procede dar una definición o hacer remisión al artículo 32 2) a), en donde se define la noción de conformidad. Se facilitaría toda explicación complementaria en la Guía, que proceda.

[72] Este texto es nuevo y está basado en la disposición legal modelo 11 d) de las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada (disposiciones y PIFP).

[73] Se explicaría en la Guía que la salvedad inicial de este párrafo tiene por objeto dejar margen para dar en la descripción, siempre que proceda, especificaciones de otra índole.

[74] Se ha alineado el texto de la segunda oración con el del artículo VI 3) del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, conforme a la decisión del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 79).

alguna, o en el pliego de condiciones, se utilizarán, siempre que existan, expresiones, requisitos, símbolos y términos normalizados;

b) Al formular las condiciones del contrato que haya de adjudicarse, así como al describir otros aspectos pertinentes de la documentación de precalificación, de irse a facilitar alguna, o del pliego de condiciones, se prestará la debida atención a la conveniencia de utilizar cláusulas y términos comerciales normalizados, siempre que existan.

Artículo 12. Reglas relativas a los criterios de evaluación [evaluación de las ofertas][75]

1) [Al [examinar,][76] evaluar y comparar las ofertas para determinar la oferta ganadora] [Para determinar la oferta ganadora] (es decir, al procederse a la evaluación), la entidad adjudicadora deberá:

a) Utilizar únicamente criterios [de evaluación] [(los "criterios de evaluación")][77] que guarden relación con el objeto del contrato adjudicable [y que se hayan dado a conocer en el pliego de condiciones];

b) [Valerse únicamente de aquellos criterios [de evaluación] que se hayan dado a conocer en el pliego de condiciones; y

c)] [Utilizarlos] [Aplicar esos criterios [de evaluación]] conforme se hayan dado a entender en el pliego de condiciones.

2) Todo criterio [de evaluación] ajeno al precio deberá ser, en lo posible, objetivo y [cuantificable] [cuantificado]. Para los fines de la evaluación, se asignará a cada criterio [de evaluación] un coeficiente de ponderación relativa, [y/o], siempre que sea posible, ese criterio deberá ser expresable en términos monetarios[78].

3) Los criterios [de evaluación] podrán ser únicamente[79]:

---

[75] El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara y reestructurara el texto de este artículo y aplazó su examen a una fecha ulterior (A/CN.9/668, párrs. 85 y 87). El contenido de este artículo está basado en el de los artículos 27 e), 34 4), 38 m), 39 y 48 3) del texto de 1994 y en la disposición legal modelo 11 d) de las disposiciones sobre la Financiación de Proyectos Industriales. El Grupo de Trabajo tal vez estime que procedería comentar en detalle este artículo en el texto de la Guía.

[76] Véase la nota 70, *supra*. El Grupo de Trabajo tal vez recuerde que se estimó que la palabra "examen" es el término indicado para hablar de la determinación de la conformidad de una oferta (véase párr. 41 f) de A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1), por lo que tal vez proceda trasladarlo al artículo anterior.

[77] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la necesidad o conveniencia de dar una definición y dónde procedería ubicarla.

[78] Este párrafo está basado en el artículo 34 4) b) ii) del texto de 1994. Tal vez proceda considerar si la salvedad "siempre que sea posible" está correctamente ubicada, así como cuál es la diferencia entre "expresado en términos monetarios" y "cuantificado" y entre "cuantificable" y "teniendo asignado un coeficiente de ponderación relativa", y si las reglas enunciadas bastarán para prevenir todo cambio en la ponderación relativa asignada.

[79] Este párrafo está basado en los artículos 34 4) c) i) y ii), 39 1) a) a c), y 48 3), del texto de 1994. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si cabría hacer alguna adición a los criterios de esa lista (como pudieran ser los criterios estéticos o ambientales), que quedarían igualmente sujetos

a) El precio, sujeto a todo margen de preferencia asignado conforme a lo previsto en el párrafo 4) b) del presente artículo;

b) Los gastos de funcionamiento, de mantenimiento y de reparación de los bienes o de las obras, así como el plazo para la entrega de los bienes, la terminación de las obras o la prestación de los servicios, las características funcionales de los bienes o de las obras, las condiciones de pago y las garantías dadas respecto del objeto del contrato adjudicable, a reserva de todo margen de preferencia asignado con arreglo al párrafo 4) b) del presente artículo;

c) Cuando el contrato se vaya a adjudicar con arreglo al artículo ... [licitación de doble sobre] o con arreglo al capítulo IV, y siempre que sean factores pertinentes, la idoneidad, experiencia, reputación y fiabilidad y la competencia profesional y de gestión del proveedor o del contratista, así como del personal que haya de prestar servicios, a reserva de todo margen de preferencia asignado conforme al párrafo 4) b) del presente artículo.

4) De estar autorizado por el reglamento de la contratación pública (y a reserva de que sea aprobado por ... (el Estado promulgante designará al órgano competente),) al procederse a la evaluación, toda entidad adjudicadora podrá además[80]:

a) [Al determinar la oferta más económica][81] Considerar no solo el efecto que tendría la aceptación de una oferta sobre la balanza de pagos y las reservas de divisas [del Estado], sino también los acuerdos de comercio compensatorio ofrecidos por los proveedores o contratistas, y la importancia del contenido local en términos de fabricación, mano de obra y materiales locales que se utilizarían, así como la mejora de las perspectivas internas de desarrollo económico, de inversión o de otras actividades comerciales, las ventajas de empleo, la reserva de determinada parte de la producción a proveedores internos, y la transferencia de tecnología o de pericia científica, operativa y de gestión [... (el Estado promulgante podrá ampliar esta lista con otros criterios)], que el proveedor o contratista ofrezca;

b) Conceder un margen de preferencia a las ofertas de obras presentadas por contratistas locales, de bienes que vayan a ser producidos en el país o de servicios que vayan a ser prestados por proveedores locales. El margen de preferencia se calculará de conformidad con el reglamento de la contratación pública y quedará reflejado en el expediente del proceso de contratación[82];

c) [Al determinar la oferta más económica][83] Tomar en consideración factores de defensa y de seguridad nacional.

---

a los requisitos del párrafo 2), por los que se exige que sean objetivos, cuantificables y ponderables, siempre que sea posible.

[80] Este párrafo está basado en lo dispuesto en los artículos 34 4) c) iii) y iv) y d), y 39 1) d) y e) y 2), del texto de 1994.

[81] El Grupo de Trabajo tal vez recuerde que el artículo 34 4) c) del texto de 1994 permitía que se tuvieran en cuenta estos factores únicamente cuando la evaluación se hiciera en función de la oferta más económica (y no del precio más bajo), por lo que tal vez desee que esa restricción sea igualmente aplicable aquí.

[82] Tal vez proceda considerar si el margen de preferencia debería conceptuarse como medida alternativa a la de ponderar ciertos factores socioeconómicos, y no como criterio adicional.

[83] Véase la nota 81, *supra*.

5) La entidad adjudicadora dará a conocer en el pliego de condiciones[84]:

a) Todos los criterios [de evaluación] establecidos con arreglo al presente artículo, así como todo margen de preferencia aplicable; y

b) De irse a utilizar en la evaluación algún criterio distinto del precio, el coeficiente de ponderación relativa que se asignará a cada criterio [de evaluación] (, así como al precio,) y la manera en que se aplicarán esos criterios en el curso de la evaluación.

[6) La evaluación se llevará a cabo aplicando los criterios [de evaluación] conforme se haya indicado en el pliego de condiciones, con miras a determinar la oferta ganadora en función de[85]:

a) La oferta de menor precio, o de la [mejor] oferta [más económica][86], en todo proceso abierto con arreglo al capítulo II, y a los artículos [35 y 39] de la presente Ley;

b) La propuesta de menor precio, o de la propuesta que obtenga la mejor puntuación al ser evaluada mediante una aplicación combinada del precio y de otros criterios distintos del precio[87], en todo proceso abierto con arreglo al artículo [36] de la presente Ley;

c) La cotización ofrecida más baja que responda a las necesidades de la entidad adjudicadora[88], para todo proceso que se desarrolle con arreglo al artículo [37] de la presente Ley;

d) La propuesta que mejor responda a las necesidades de la entidad adjudicadora[89], para todo proceso que se desarrolle con arreglo al artículo [40] de la presente Ley; o

e) La mejor oferta definitiva para todo proceso que se desarrolle con arreglo al artículo [41] de la presente Ley.]

---

[84] Este párrafo está basado en el artículo 27 e) y en el artículo 38 m) del texto de 1994. El Grupo de Trabajo tal vez estime que esta disposición sería ubicable en el artículo 27 (Contenido del pliego de condiciones).

[85] Tal vez proceda reconsiderar la necesidad y la ubicación de estas disposiciones.

[86] Véase el examen de estos términos en la sección II.B de A/CN.9WG.I/WP.68.

[87] Tal vez proceda considerar hasta qué punto las nociones aquí descritas difieren de las aplicables para la evaluación en un proceso de licitación, y cuáles son las ventajas de seguir utilizando términos que sean familiares a los usuarios de la Ley Modelo o si procedería, en aras de la coherencia y de la sencillez, alinear los términos utilizados en el marco de uno u otro método.

[88] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si este criterio será lo bastante objetivo, y en qué medida difiere de la oferta de menor precio.

[89] Tal vez proceda considerar si este criterio será lo bastante objetivo, y en qué medida difiere de la oferta más económica.

Artículo 13. Reglas relativas al idioma de la documentación[90]

1) La documentación de precalificación, de haberse facilitado alguna, y el pliego de condiciones estarán en ... (el Estado promulgante indicará aquí su idioma o idiomas oficiales) (y en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, salvo que se haya limitado la participación en el proceso de adjudicación a proveedores o contratistas del propio país con arreglo a lo previsto en el artículo [7 6) c) i) y ii)] de la presente Ley).

2) Las solicitudes de precalificación, de presentarse alguna, y las ofertas podrán ser presentadas en todo idioma en el que se hayan publicado la documentación de precalificación, de haberse facilitado alguna, y el pliego de condiciones, o en cualquier otro idioma que la entidad adjudicadora indique en la documentación de precalificación o en el pliego de condiciones, respectivamente.

Artículo 14. Garantía de la oferta[91]

1) Cuando la entidad adjudicadora exija de los proveedores o contratistas la entrega de una garantía de toda oferta que presenten:

a) Ese requisito será aplicable a todo proveedor o contratista;

b) El pliego de condiciones podrá exigir que el otorgante de la garantía y su confirmante, de haberlo, así como la forma y las condiciones de la garantía de oferta, sean aceptables para la entidad adjudicadora;

c) No obstante lo dispuesto en el apartado b) del presente párrafo, la entidad adjudicadora no rechazará una garantía de oferta por razón de que su otorgante no esté ubicado en este Estado, con tal de que la garantía de oferta y su otorgante sean, por lo demás, conformes a lo prescrito al respecto en el pliego de condiciones (, salvo que la aceptación de esa garantía de oferta, por la entidad adjudicadora, constituya una infracción de la ley de este Estado);

d) Previo a la presentación de su oferta, todo proveedor o contratista podrá solicitar que la entidad adjudicadora confirme la aceptabilidad del otorgante propuesto de la garantía requerida o, de su confirmante, de exigirse alguno; la entidad adjudicadora responderá sin demora a dicha solicitud;

e) La confirmación de la aceptabilidad de un otorgante o de un confirmante propuesto no impedirá que la entidad adjudicadora rechace la garantía de oferta por razón de que uno u otro incurra en insolvencia, o deje de ser solvente por algún otro motivo;

f) La entidad adjudicadora deberá indicar en el pliego de condiciones toda condición exigible del otorgante de la garantía de oferta o aplicable a la índole, forma, cuantía u otro rasgo importante de esa garantía; toda condición que se refiera

---

[90] El Grupo de Trabajo convino en fusionar el texto de los artículos 13 y 29 para regular en un solo artículo el idioma de toda la documentación (A/CN.9/668, párr. 169). Por ello, se fusiona en el texto revisado del artículo 13 lo dispuesto en los artículos 17 y 29 del texto de 1994.

[91] El Grupo de Trabajo aprobó el texto de este artículo, basado en el artículo 32 del texto de 1994 (A/CN.9/668, párr. 91).

directa o indirectamente a la conducta exigible del proveedor o contratista que presente la oferta podrá referirse únicamente a:

i) La retirada o la modificación de su oferta vencido ya el plazo para presentarla, o antes de vencer dicho plazo si el pliego de condiciones así lo dispone;

ii) No firmar el contrato adjudicado al ser exigida la firma por la entidad adjudicadora;

iii) No conceder una garantía del buen cumplimiento del contrato adjudicado una vez aceptada su oferta o no cumplir alguna otra condición previa a la firma del contrato que esté indicada en el pliego de condiciones.

2) La entidad adjudicadora no reclamará suma alguna por concepto de la garantía de oferta, y devolverá o hará devolver sin demora el título de la garantía tan pronto como se produzca alguno de los hechos siguientes:

a) La expiración de la garantía de oferta;

b) La entrada en vigor del contrato adjudicado y la entrega de una garantía de buen cumplimiento del contrato de haberse exigido esa garantía en el pliego de condiciones;

c) La clausura del proceso de adjudicación sin que haya entrado en vigor contrato alguno;

d) La retirada de la oferta antes de vencer el plazo para presentar ofertas, salvo que el pliego de condiciones disponga que esa retirada no será admisible.

A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 16º período de sesiones

ADICIÓN

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES
(*continuación*)

Artículo 15. Procedimiento de precalificación[1]

1) La entidad adjudicadora podrá convocar a precalificación con miras a seleccionar proveedores o contratistas idóneos antes de la convocatoria. Las disposiciones del artículo [10] se aplicarán a la precalificación[2].

2) Cuando la entidad adjudicadora convoque a precalificación, hará que se publique una convocatoria a precalificación en ... (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial donde habrá de publicarse la invitación). La convocatoria a precalificación deberá también publicarse, en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación del sector o una revista técnica o profesional de amplia circulación internacional, excepto cuando la participación en el proceso de contratación pública esté limitada únicamente a proveedores y contratistas nacionales de conformidad con [los incisos i) y ii) del apartado c) del párrafo 6) del artículo 7] de esta Ley[3].

3)[4] La convocatoria a precalificación contendrá, por lo menos, los siguientes datos:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) Un resumen de las principales cláusulas y condiciones del contrato que se haya de firmar como resultado del proceso de contratación pública, que incluirá la índole y la cantidad, así como el lugar de entrega de los bienes que hayan de suministrarse, la índole y ubicación de las obras que hayan de efectuarse o la índole de los servicios y el lugar donde hayan de prestarse, así como el plazo conveniente o necesario para el suministro de los bienes o la terminación de las obras, o el plazo o el calendario para la prestación de los servicios;

---

[1] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo en su forma revisada durante dicho período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 94 a 110).

[2] Este párrafo ha sido revisado en cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 95 y 96).

[3] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este párrafo sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 97).

[4] *Ibid.*

c) Los criterios y procedimientos que se aplicarán para evaluar la idoneidad de proveedores o contratistas de conformidad con [el párrafo 2) del artículo 10];

d) Una declaración, que no podrá ser modificada ulteriormente, de que el proceso de contratación estará abierto a la participación de proveedores o contratistas sin distinción alguna por razones de nacionalidad o una declaración que limite la participación por razones de esa índole de conformidad con el [párrafo 1) del artículo 9], según proceda;

e) Los medios, la forma y las modalidades de obtener la documentación de precalificación[5];

f) El precio que cobre la entidad adjudicadora, en su caso, por la documentación de precalificación y, con posterioridad a la precalificación, por el pliego de condiciones;

g) Salvo cuando el proceso de contratación pública se limite únicamente a proveedores o contratistas nacionales de conformidad con [los incisos i) y ii) del apartado c) del párrafo 6) del artículo 7] de la presente Ley, la moneda y la forma de pago de la documentación de precalificación y, con posterioridad a la precalificación, del pliego de condiciones;

h) Salvo cuando el proceso de contratación pública se limite únicamente a proveedores o contratistas nacionales de conformidad con [los incisos i) y ii) del apartado c) del párrafo 6) del artículo 7] de la presente Ley, el idioma o los idiomas en que podrá obtenerse la documentación de la precalificación y, después de la precalificación, los pliegos de condiciones;

i) La forma, las modalidades y el plazo para la presentación de solicitudes de precalificación. El plazo para la presentación de solicitudes de precalificación se expresará con indicación de fecha y hora, y dejará tiempo suficiente a los proveedores o contratistas para preparar y presentar sus solicitudes, teniendo en cuenta las necesidades razonables de la entidad adjudicadora[6].

4) La entidad adjudicadora proporcionará la documentación de precalificación al proveedor o contratista que la solicite de conformidad con la convocatoria a precalificación y que, en su caso, 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 distribución a los proveedores o contratistas[7].

5)[8] La documentación de precalificación contendrá, por lo menos, la información siguiente:

a) Instrucciones para preparar y presentar las solicitudes de precalificación;

---

[5] Este párrafo ha sido revisado para que sea tecnológicamente neutro y compatible con otras disposiciones similares de la Ley Modelo.

[6] Este párrafo ha sido revisado para que sea tecnológicamente neutro y compatible con otras disposiciones similares de la Ley Modelo.

[7] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este párrafo sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 97).

[8] *Ibid.*

b) Los documentos probatorios y demás información que deban presentar los proveedores o contratistas para demostrar su idoneidad;

c) El nombre, el cargo y la dirección de los funcionarios o empleados de la entidad adjudicadora que hayan sido autorizados para tener comunicación directa con los proveedores o contratistas en relación con el procedimiento de precalificación, sin intervención de un intermediario;

d) Remisiones a la presente Ley, a la reglamentación de contratación pública y a otras leyes y reglamentos que sean directamente aplicables al procedimiento de precalificación;

e) Si ya se conoce, la manera, las modalidades y el plazo para la presentación de ofertas[9];

f) 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.

6) La entidad adjudicadora dará respuesta a las solicitudes de aclaración de los documentos de precalificación que reciban 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[10].

7) 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[11].

8) Únicamente los proveedores o contratistas precalificados podrán seguir participando en el proceso de contratación pública[12].

9) 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 precalificado y dará a conocer a quien lo solicite los nombres de todos los proveedores o contratistas que hayan sido precalificados[13].

---

[9] Este párrafo ha sido revisado para que sea tecnológicamente neutro y compatible con otras disposiciones similares de la Ley Modelo.

[10] *Ibid.*

[11] *Ibid.*

[12] *Ibid.*

[13] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este párrafo introduciendo una leve modificación (A/CN.9/668, párr. 105).

10) La entidad adjudicadora comunicará sin demora[14] los fundamentos de su decisión a los proveedores o contratistas que no hayan sido precalificados y que lo soliciten[15, 16].

Artículo 16. Rechazo de todas las ofertas[17]

1) La entidad adjudicadora podrá rechazar todas las ofertas [cancelar la adjudicación del contrato][18] en cualquier momento anterior a la aceptación de una de ellas[19]. La entidad adjudicadora comunicará a todo proveedor o contratista que haya presentado una oferta [y que lo solicite], las razones por las cuales haya rechazado todas las ofertas[, pero no estará obligada a motivar sus razones][20].

2) La entidad adjudicadora no incurrirá en responsabilidad frente a los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas por el mero hecho de actuar conforme a lo previsto en el párrafo 1) del presente artículo[21].

3) Se dará aviso sin demora del rechazo de todas las ofertas a todos los proveedores o contratistas que las hayan presentado.

Artículo 17. Rechazo de las ofertas anormalmente bajas[22]

1) La entidad adjudicadora podrá rechazar toda oferta, si determina que el precio indicado, junto con [y/o] los demás elementos constitutivos de la oferta, resulta

---

[14] El Grupo de Trabajo convino en que se explicara en la Guía que la notificación debía darse antes de la solicitud (A/CN.9/668, párr. 106).

[15] Este párrafo ha sido revisado en cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 106 a 108). Véase además A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, sección II.H.

[16] El último párrafo del presente proyecto de artículo, que tuvo ante sí el Grupo de Trabajo durante su 15º período de sesiones, se eliminó de la propuesta de artículo 10, en consonancia con la preferencia expresada en las deliberaciones durante el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 109).

[17] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aplazó hasta una fecha ulterior la aprobación de este proyecto de artículo, que se basa en el artículo 12 de la Ley Modelo de 1994, en su forma revisada en dicho período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 116).

[18] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la entidad adjudicadora requeriría una autorización expresa para cancelar la adjudicación del contrato antes de que se recibieran las ofertas, y si, en tal caso, la referencia al rechazo de todas las ofertas se convertiría en superflua.

[19] Las dos expresiones iniciales de esta frase se suprimieron en cumplimiento de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 112 y 113).

[20] En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se propuso suprimir los términos que figuran en los dos grupos de corchetes de este párrafo. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de las revisiones propuestas hasta una fecha ulterior (A/CN.9/668, párrs. 114 a 116). Véase, además, A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, sección II.H.

[21] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar los efectos de esta disposición, en conjunción con las disposiciones revisadas sobre las vías de recurso y las medidas ejecutorias del capítulo VII de la Ley Modelo revisada, que convierten en recurribles las decisiones de rechazar todas las ofertas.

[22] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este artículo sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 120), pero señaló que en la Guía se examinarían otros motivos para el rechazo (como el blanqueo de capitales).

anormalmente bajo respecto del objeto del contrato adjudicable y suscita dudas acerca de la aptitud del proveedor o contratista para cumplir el contrato, siempre y cuando la entidad adjudicadora:

a) Haya solicitado por escrito al proveedor o contratista afectado que describa minuciosamente todo elemento constitutivo de su oferta que suscite dudas acerca de su aptitud para cumplir el contrato;

b) Haya estudiado la información que, en su caso, se le haya facilitado, pero sigue abrigando esas dudas fundadas en motivos razonables[23]; y

c) Haya consignado sus temores y su fundamento, así como todas las comunicaciones intercambiadas con el proveedor o contratista con arreglo al presente artículo, en el expediente del proceso de adjudicación.

2) La decisión, debidamente motivada, por la que la entidad adjudicadora rechace una oferta, conforme a lo previsto en el presente artículo, deberá constar en el expediente del proceso de contratación y ser comunicada sin demora al proveedor o contratista afectado.

Artículo 18. Rechazo de una oferta por razón de los incentivos ofrecidos por el proveedor y contratista o por haber algún conflicto de intereses[24]

1) La entidad adjudicadora rechazará una propuesta cuando:

a) El proveedor o contratista que la haya presentado ofrezca, conceda o acuerde conceder directa o indirectamente a un funcionario o empleado actual o anterior de la entidad adjudicadora o de otra autoridad gubernamental cualquier tipo de gratificación, una oferta de empleo o cualquier oferta de servicio o de valor como, por ejemplo, un incentivo que afecte a un acto o decisión de la entidad adjudicadora, o a un procedimiento seguido por ella, en relación con el procedimiento de contratación pública[25]; o cuando

b) El proveedor o contratista haya adquirido una ventaja comparativa desleal a raíz de un conflicto de intereses vulnerando las normas aplicables[26].

---

[23] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el término "razonables" podría ser susceptible de diversas interpretaciones, y si una formulación alternativa, como por ejemplo "basados en toda la información proporcionada por el proveedor o contratista y en la oferta" podría ser menos propensa a interpretaciones subjetivas.

[24] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo en su forma revisada en dicho período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 121 a 125).

[25] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este párrafo en cuya parte pertinente se reproduce el artículo 15 de la Ley Modelo de 1994, después de suprimir la expresión inicial relativa a la aprobación por una autoridad superior (A/CN.9/668, párr. 122).

[26] Estas disposiciones son nuevas y se incluyeron a raíz de las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 123 y 124).

2) El rechazo de una oferta con arreglo a lo previsto en este artículo, así como sus motivos, serán consignados en el expediente del proceso de contratación y comunicados sin demora al proveedor o contratista[27].

Artículo 19. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato[28]

1) Salvo que sea rechazada conforme a lo previsto en la presente Ley, la entidad adjudicadora aceptará la oferta declarada ganadora[29].

2) [Salvo en el caso de una contratación con un solo proveedor o contratista,] la entidad adjudicadora dará aviso sin demora a todos los proveedores o contratistas cuyas ofertas fueron evaluadas de su decisión de aceptar la oferta ganadora. Dicho aviso deberá contener, al menos, los siguientes datos[30]:

a) El nombre y la dirección del proveedor o contratista que presentó la oferta ganadora;

b) El precio del contrato adjudicado o, en caso necesario, un resumen de otros rasgos y ventajas comparativas de la oferta ganadora, con la salvedad de que la entidad adjudicadora no deberá proporcionar [información confidencial] [dato alguno cuya divulgación sea contraria a la ley, obstaculice la acción de la justicia, sea contraria al interés público, pueda perjudicar intereses comerciales legítimos del proveedor o contratista ganador o menoscabe [31] la competencia comercial debida][32]; y

---

[27] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este párrafo en cuya parte pertinente se reproduce el artículo 15 de la Ley Modelo de 1994 sin modificaciones (A/CN.9/668, párrs. 121 a 125).

[28] El Grupo de Trabajo aplazó hasta una etapa ulterior la aprobación de este proyecto de artículo tal como se propuso para revisión en el 15º período de sesiones, dejando pendiente, en particular, el estudio de los párrafos 2) y 11) revisados (A/CN.9/668, párrs. 126 a 145).

[29] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este párrafo, que se basa en la primera frase del párrafo 1) del artículo 36 de la Ley Modelo de 1994, sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 127).

[30] Este párrafo está redactado tal como se propuso para revisión en el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 129).

[31] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar otros términos utilizados en el Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública y en la Directiva 2004/18/CE, como por ejemplo "lesionar" (utilizado constantemente en el Acuerdo sobre Contratación Pública al referirse a los intereses comerciales legítimos) y "perjudicar" (utilizado en la Directiva). En caso afirmativo, el Grupo de Trabajo tal vez desee encargar a la Secretaría que introduzca los cambios correspondientes en todo el texto (como en las disposiciones que regulan el expediente del proceso de adjudicación y las vías de recurso).

[32] En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sostuvo que en este párrafo las excepciones a las disposiciones sobre divulgación de información se habían redactado con un criterio excesivamente amplio, lo cual podría impedir la transparencia, y que deberían formularse de nuevo haciendo únicamente referencia a la información confidencial. Se respondió que los términos propuestos eran de tenor similar a los empleados en el Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública (párrafo 4) del artículo XVIII), en el párrafo 2) del artículo 49 de la Directiva 2004/17/CE, y en el párrafo 4) del artículo 35, el párrafo 3) del artículo 41 y el párrafo 2) del artículo 69 de la Directiva 2004/18/CE. El Grupo de Trabajo

c) El plazo suspensivo previo a la entrada en vigor del contrato adjudicado durante el cual todo proveedor o contratista afectado podrá presentar recurso contra cualquier decisión de la entidad adjudicadora relativa a la determinación de la oferta ganadora (moratoria del contrato). La moratoria prevista deberá ser lo bastante larga para que todo proveedor o contratista afectado pueda solicitar, si procede, una reconsideración oportuna del proceso adjudicatorio, conforme a lo previsto en el capítulo VII de la presente Ley, y empezará a contar a partir de la fecha de envío del aviso a todos los proveedores o contratistas afectados de conformidad con el presente párrafo[33].

3) El párrafo 2) del presente artículo no se aplicará a la adjudicación de contratos cuyo precio sea inferior a [...] o en casos en los que la entidad adjudicadora certifique que la urgencia de ciertas consideraciones de interés público obliga a activar el contrato adjudicado sin moratoria alguna. El certificado emitido, en el que se motivará la urgencia alegada, formará parte del expediente del proceso de adjudicación y tendrá valor probatorio concluyente en todas las etapas del recurso que se interponga conforme al capítulo VII de la presente Ley, con la salvedad del recurso interpuesto por vía judicial[34].

4) Al expirar la moratoria, o de no ser aplicable moratoria alguna, la entidad adjudicadora enviará, tan pronto como se determine la oferta ganadora, un aviso de aceptación de la oferta ganadora al proveedor o contratista que la haya presentado, salvo que el órgano encargado de la reconsideración o el tribunal competente ordene otra cosa[35].

5) Salvo que se requiera un contrato escrito y/o la aprobación de una autoridad superior, el contrato adjudicado de conformidad con las condiciones de la oferta ganadora entrará en vigor al enviarse el aviso de aceptación al proveedor o contratista interesado, siempre que el aviso haya sido expedido estando aún vigente la oferta[36].

6) Cuando el pliego de condiciones requiera que el proveedor o contratista cuya oferta haya sido aceptada firme un contrato escrito en los términos de la oferta aceptada[37]:

a) La entidad adjudicadora (el ministerio competente) y el proveedor o contratista firmarán el contrato dentro de un plazo razonable contado a partir del momento en que se expida, al proveedor o contratista interesado, el aviso de aceptación;

---

convino en estudiar la posibilidad de revisar el enunciado de este párrafo en un futuro período de sesiones. Véase además A/CN.9/WG.I/WP.68, sección E. El Grupo de Trabajo convino también en que en la Guía se explicara que debe entenderse que la expresión "menoscabe la competencia comercial debida" se refiere a los riesgos de menoscabar la competencia no solo en un determinado procedimiento de contratación sino también en los procedimientos subsiguientes (A/CN.9/668, párr. 131).

[33] Este párrafo está redactado tal como se propuso para revisión en el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 133).

[34] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este párrafo en su forma revisada en dicho período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 135 a 138).

[35] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este párrafo sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 140).

[36] *Ibid.*

[37] *Ibid.*

b) Salvo que en el pliego de condiciones se disponga que el contrato adjudicado esté sujeto a su aprobación por una autoridad superior, dicho contrato entrará en vigor al ser firmado por el proveedor o contratista interesado y la entidad adjudicadora (el ministerio competente). Desde que se expida al proveedor o contratista el aviso de aceptación y hasta que entre en vigor el contrato adjudicado, ni la entidad adjudicadora ni el proveedor o contratista adoptarán medida alguna que pueda obstaculizar la entrada en vigor del contrato adjudicado o su cumplimiento.

7) Cuando en el pliego de condiciones se disponga que el contrato adjudicado tendrá que ser aprobado por una autoridad superior, este no entrará en vigor mientras no se dé esa aprobación. En el pliego de condiciones se indicará el plazo de tiempo previsto, a partir de la expedición del aviso de aceptación, que será requerido para obtener la aprobación. El hecho de que la aprobación se demore más allá del plazo consignado en el pliego de condiciones no dará lugar a una prórroga del plazo de validez de las ofertas señalado en el pliego de condiciones, ni del plazo de validez de la garantía de la oferta exigible con arreglo al artículo [14] de la presente Ley[38].

8) Si el proveedor o contratista cuya oferta haya sido aceptada no firma la escritura del contrato adjudicado al ser invitado a hacerlo, o no proporciona la garantía de buena ejecución requerida, la entidad adjudicadora seleccionará, conforme a la normativa aplicable, otra oferta entre las restantes que [esté vigente] [siga siendo válida], salvo que haga uso, conforme al artículo [16 1)], de su derecho a rechazar todas las ofertas restantes. De ser declarada ganadora otra oferta, lo dispuesto en el presente artículo se aplicará al proveedor o contratista que haya presentado esa oferta[39].

9) Se considerarán expedidos los avisos previstos en el presente artículo cuando hayan sido correctamente dirigidos y transmitidos sin demora al proveedor o contratista, o hayan sido remitidos a una autoridad competente para que los transmita al proveedor o contratista, por alguno de los medios fiables previstos en el artículo [8] de la presente Ley[40].

10) Al entrar en vigor el contrato adjudicado y, caso de ser requerido, al presentar el proveedor o contratista una garantía del cumplimiento del contrato, se dará aviso del contrato adjudicado a los demás proveedores o contratistas, indicándose el nombre y la dirección del adjudicatario y el precio del contrato adjudicado[41].

11) Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará a la selección de la parte o las partes en un acuerdo marco cerrado con arreglo a los artículos [...] de la presente Ley[, así como a la adjudicación de contratos con arreglo a un acuerdo marco [abierto y] cerrado, conforme a lo previsto en los artículos [...] de la presente Ley][42].

---

[38] *Ibid.*

[39] *Ibid.*

[40] Este párrafo ha sido revisado en cumplimiento de la petición formulada por el Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, para que la expedición de los avisos mencionados en este artículo se efectúe sin demora y por medios fiables (A/CN.9/668, párrs. 132 y 140).

[41] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este párrafo sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 140).

[42] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aplazó el examen de este párrafo. En dicho período de sesiones, las opiniones fueron divergentes en cuanto a la conveniencia de fijar una

Artículo 20. Anuncio público de los contratos adjudicados y de todo acuerdo marco concertado[43]

1) Al entrar en vigor el contrato adjudicado o al concluirse un acuerdo marco, la entidad adjudicadora publicará sin demora un aviso de la adjudicación del contrato o del acuerdo marco concluido, especificando el nombre del adjudicatario o, si se trata de un acuerdo marco, el nombre o los nombres de los proveedores o contratistas con los que se haya concertado el acuerdo marco.

2) El párrafo 1) no se aplicará a los contratos adjudicados cuyo precio sea inferior a [...] ni a los contratos adjudicados con arreglo a acuerdos marco, salvo que el precio del contrato adjudicado con arreglo a un acuerdo marco exceda de [el Estado promulgante indicará aquí la cuantía mínima [o] remitirá a la cuantía indicada en el reglamento de la contratación pública]. La entidad adjudicadora publicará también avisos trimestrales de todos los contratos adjudicados con arreglo a un acuerdo marco abierto.

3) El reglamento de la contratación pública podrá disponer la manera en que se habrán de publicar los avisos estipulados en los párrafos 1) y 2) del presente artículo.

Artículo 21. Confidencialidad[44]

1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo 19 y en los artículos 20, 22 y 31 de la presente Ley, la entidad adjudicadora estudiará las solicitudes de precalificación y las ofertas evitando que su contenido llegue [de forma inadecuada] [45] al conocimiento de otros proveedores o contratistas concurrentes.

2) Toda conversación, comunicación y negociación entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista, mantenida con arreglo a lo previsto en el capítulo IV de la presente Ley, será tenida por confidencial. Salvo que lo requiera una ley o algún mandato judicial, o salvo que lo permita el pliego de condiciones, las partes en las negociaciones se abstendrán de revelar a terceras personas sin el

---

moratoria en la etapa de adjudicación de contratos en virtud de acuerdos marco (A/CN.9/668, párrs. 141 a 144). Una opción podría ser la de fijar una breve moratoria que pueda aliviar las preocupaciones expresadas respecto de la rapidez de adjudicación más adaptada a los acuerdos marco, y que, dada la menor preocupación que puede plantear la adjudicación de contratos en virtud de acuerdos marco, pueda también dejar tiempo suficiente a los proveedores. En el caso de los acuerdos marco concertados por medios electrónicos, la moratoria podría ser sumamente breve.

[43] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo, que se basa en el artículo 14 de la Ley Modelo de 1994, en su forma revisada en dicho período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 147 a 148).

[44] El texto de este artículo figura tal como se propuso para revisión en el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párrs. 150 y 151). El Grupo de Trabajo aplazó el estudio de este artículo revisado hasta una etapa ulterior (A/CN.9/668, párr. 152).

[45] En el 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo observó que podría ser necesario divulgar ciertos datos respecto de las aclaraciones y modificaciones de las ofertas y en la apertura pública de las ofertas, pero convino en reconsiderar esta cuestión en el futuro, junto con la orientación que la Guía debe proporcionar sobre esta cuestión (A/CN.9/668, párrs. 150 y 151).

consentimiento de la otra parte pormenores técnicos, información sobre el precio o datos de otra índole concernientes a las negociaciones.

[Artículo 22. Expediente del procedimiento de adjudicación[46]

1) La entidad adjudicadora llevará un expediente del proceso de adjudicación en el que conste, por lo menos, la siguiente información:

a) Una breve descripción del objeto del contrato adjudicable[47];

b) Los nombres y direcciones de los proveedores o contratistas que hayan presentado una oferta, y el nombre y la dirección del proveedor o contratista con quien se haya formalizado el contrato y el precio que figure en este[48];

c) La decisión de la entidad adjudicadora acerca de los medios de comunicación que se hayan de utilizar en la contratación[49];

d) La información relativa a las condiciones que cumplen o no cumplen los proveedores o contratistas que hayan presentado ofertas[50];

e) El precio, o la base para determinar el precio, y una reseña de las principales cláusulas y condiciones de cada oferta y del contrato que se esté adjudicando, si son conocidos por la entidad adjudicadora[51];

f) Una reseña de la evaluación y la comparación de las ofertas, así como de todo margen de preferencia que se aplique con arreglo al artículo [12 3) b)][52];

---

[46] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aplazó el estudio y la aprobación de este proyecto de artículo hasta que se hayan resuelto todas las cuestiones pendientes (A/CN.9/668, párr. 157). Este proyecto de artículo se basa en el artículo 11 de la Ley Modelo de 1994, con las modificaciones introducidas teniendo en cuenta las revisiones propuestas de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de seguir aplazando el examen del presente artículo hasta que se hayan resuelto todas las cuestiones pendientes en relación con la Ley Modelo revisada. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar también las disposiciones relativas al expediente del proceso de contratación, junto con las cuestiones planteadas en A/CN.9/WG.I/WP.68 y Add.1, secciones II. E, F y H.

[47] Basado en el artículo 11 1) a) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos teniendo en cuenta las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2.

[48] Basado en el artículo 11 1) b) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos teniendo en cuenta las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar alguna modificación para este apartado habida cuenta de las disposiciones relativas a los acuerdos marco.

[49] El texto de este nuevo apartado fue provisionalmente aprobado por el Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones (apartado b) *bis*, A/CN.9/595, párrs. 49 a 51).

[50] Basado en el artículo 11 1) c) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos teniendo en cuenta las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2.

[51] Basado en el artículo 11 1) d) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos teniendo en cuenta las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar alguna modificación para este apartado habida cuenta de las disposiciones relativas a los acuerdos marco.

[52] Basado en el artículo 11 1) e) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos teniendo en cuenta las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2.

g) De haber sido rechazadas todas las ofertas con arreglo al artículo [16] de la presente Ley, una declaración motivada al respecto conforme a lo previsto en el artículo [16 1)][53];

h) Si, en un proceso de adjudicación por algún método distinto de la licitación, el proceso entablado no da lugar a la adjudicación de un contrato, una declaración motivada al respecto[54];

i) De haber sido rechazada una oferta con arreglo a lo previsto en los artículos [17 y 18], la información requerida por dichos artículos[55];

j) La declaración acerca de los motivos y circunstancias requeridos por el artículo [7 8)][56];

k) En todo proceso de adjudicación en el que se recurra a una subasta electrónica inversa, los motivos y circunstancias por los que la entidad adjudicadora estimó oportuno recurrir a dicho método, así como la fecha y hora de apertura y clausura de la subasta, los motivos y circunstancias por los que la entidad adjudicadora estimó oportuno rechazar las ofertas presentadas durante la subasta y [cualquier otro dato que el Grupo de Trabajo decida añadir][57];

[l) En la contratación de servicios por algún método previsto en el capítulo IV, la declaración exigida en el párrafo 2) del artículo 41 acerca de los motivos y circunstancias por los que la entidad adjudicadora aplicó el procedimiento de selección utilizado][58];

m) Una reseña de toda solicitud de aclaración cursada acerca de los documentos de precalificación, o del pliego de condiciones, y de las respuestas que se dieron, así como una reseña de toda modificación introducida en esos documentos[59];

n) En los procesos de contratación en los que la entidad adjudicadora, de conformidad con el párrafo 1) del artículo 9, opte por limitar la participación por motivos de nacionalidad, una declaración acerca de los motivos y circunstancias por los que la entidad adjudicadora estimó oportuno imponer esa limitación[60];

---

[53] Basado en el artículo 11 1) f) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos teniendo en cuenta las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2.

[54] Reproduce el artículo 11 1) g) de la Ley Modelo de 1994.

[55] Basado en el artículo 11 1) h) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos teniendo en cuenta las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2. Se modificó además el texto de este apartado teniendo en cuenta el nuevo artículo sobre las ofertas anormalmente bajas (artículo 17 del texto revisado de la Ley Modelo).

[56] Basado en el artículo 11 1) cuyos apartados i), k) y l) fueron fusionados teniendo en cuenta el nuevo texto propuesto para el artículo 7.

[57] El texto de este apartado fue provisionalmente aprobado por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 11º y 12º (apartado i) *bis*, A/CN.9/623, párr. 100 y A/CN.9/640, párr. 91) e incorpora las propuestas formuladas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 155). El Grupo de Trabajo deberá decidir si procede mencionar algún otro dato en lugar del texto que figura entre corchetes.

[58] Reproduce el artículo 11 1) j) de la Ley Modelo de 1994. El texto de este apartado se estudiará conjuntamente con el capítulo IV.

[59] Basado en el artículo 11 1) m) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos teniendo en cuenta las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2.

[60] Reproduce el artículo 11 1) l) de la Ley Modelo de 1994.

o) [Se incluirá cualquier otro dato que deba ser consignado en el expediente de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley][61].

2) A reserva de lo dispuesto en el artículo [31 3)], las partes del expediente mencionadas en los apartados [a) y b)] del párrafo 1) del presente artículo se pondrán a disposición de cualquier persona que lo solicite después de la aceptación de una oferta o de finalizarse el proceso de contratación sin haberse adjudicado el contrato[62].

3) A reserva de lo dispuesto en el artículo [31 3)], las partes del expediente mencionadas en los apartados [d) a h) y m)] del párrafo 1) del presente artículo se pondrán a disposición de los proveedores o contratistas que hayan presentado una oferta o que se hayan presentado a precalificación y que lo soliciten, una vez aceptada una oferta o una vez concluido el proceso de contratación sin haberse adjudicado el contrato. Un tribunal competente podrá ordenar que se divulguen en una etapa anterior las partes del expediente mencionadas en los apartados [d) a f), y m)][63].

4) Salvo que lo haya ordenado un tribunal competente, y a reserva de lo dispuesto en dicha orden, la entidad adjudicadora no deberá divulgar:

a) Datos cuya divulgación pudiera ser contraria a derecho, obstaculizar la acción de la justicia, ser contraria al interés público, dañar intereses comerciales legítimos de los proveedores o contratistas o menoscabar la competencia comercial debida;

b) Datos referentes al examen, la evaluación y la comparación de las ofertas, o al precio de cada oferta, que no sean los datos reseñados conforme a lo previsto en el párrafo [1) f)] del presente artículo[64].

5) La entidad adjudicadora no deberá indemnizar a los proveedores o contratistas por concepto de daños y perjuicios imputables al mero hecho de que no se llevó un

---

[61] El Grupo de Trabajo tal vez desee mencionar ciertos datos concretos como los referidos a los acuerdos marco, si se decide que se pueda limitar el número de proveedores admitidos a participar en un acuerdo marco abierto por razones tecnológicas. Además, se podrán añadir otros datos no recogidos en la Ley Modelo de 1994. Véanse, a este respecto, las cuestiones planteadas en A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, sección H.

[62] Basado en el artículo 11 2) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos teniendo en cuenta las nuevas definiciones propuestas para el artículo 2.

[63] Basado en las dos primeras oraciones del artículo 11 3) de la Ley Modelo de 1994, con los cambios introducidos en su texto y en las remisiones internas del texto, teniendo en cuenta las nuevas definiciones propuestas en el artículo 2. A raíz de las sugerencias que se hicieron en el 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/640, párr. 90), se formuló el resto del párrafo 3) en forma de un nuevo párrafo 4), volviendo a numerar como párrafo 5) el antiguo párrafo 4). El texto así reestructurado fue presentado al Grupo de Trabajo en A/CN.9/WG.I/WP.59, que no lo examinó detalladamente.

[64] Basado en la última oración del artículo 11 3) de la Ley Modelo de 1994, con cambios en las remisiones internas y en su texto teniendo en cuenta las nuevas definiciones propuestas en el artículo 2. Véase información complementaria en la nota anterior.

expediente del proceso de adjudicación conforme a lo previsto en el presente artículo[65].]

CAPÍTULO II. PROCESO DE LICITACIÓN[66]

SECCIÓN I. CONVOCATORIA A LICITACIÓN

Artículo 23. Licitación nacional[67]

Cuando la participación en el proceso de contratación esté limitada exclusivamente a proveedores o contratistas nacionales en virtud de [los incisos i) y ii) del apartado c) del párrafo 6) del artículo 7] de la presente Ley, no se exigirá que la entidad adjudicadora emplee los procedimientos previstos en los artículos 14 1) c)[68], 24 2)[69], 25 h) e i)[70], y 27 j), k) y s)[71], de la presente Ley[72].

Artículo 24. Procedimientos de convocatoria a licitación[73]

1) La entidad adjudicadora solicitará ofertas mediante la publicación de una convocatoria a licitación en ... (el Estado promulgante indicará aquí la gaceta u otra publicación oficial donde ha de publicarse la convocatoria).

2) La convocatoria a licitación será publicada también en un idioma de uso corriente en el comercio internacional, en un periódico de gran difusión internacional, o en una publicación comercial o revista técnica o profesional pertinente de gran difusión internacional[74].

---

[65] Reproduce el artículo 11 4) de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo tal vez proceda a examinar lo dispuesto en este párrafo teniendo en cuenta las decisiones que se adopten respecto de las vías de recurso y las medidas ejecutorias.

[66] El contenido del capítulo II de la Ley Modelo de 1994 fue trasladado al artículo 7 y a los artículos pertinentes de los capítulos III y IV de la versión revisada de la Ley Modelo. El capítulo II reproduce las disposiciones del capítulo III de la Ley Modelo de 1994, salvo todo cambio destinado a indicar las revisiones de la Ley Modelo.

[67] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo, que se basa en el artículo 23 de la Ley Modelo de 1994, sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 158).

[68] Corresponde a la remisión al artículo 32 1) c) que se hace en el artículo 23 de la Ley Modelo de 1994.

[69] Corresponde a la remisión a ese mismo artículo en el artículo 23 de la Ley Modelo de 1994.

[70] Corresponde a la remisión que se hace al artículo 25 1) h) e i) en el artículo 23 de la Ley Modelo de 1994.

[71] Corresponde a la remisión que se hace al artículo 27 j), k) y s) en el artículo 23 de la Ley Modelo de 1994.

[72] La remisión que se hace en el artículo 23 de la Ley Modelo de 1994 al artículo 25 2) c) y d) está reflejada en el artículo 15 de la versión revisada de la Ley Modelo por estar referida a la precalificación.

[73] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo, que se basa en el artículo 24 de la Ley Modelo de 1994, sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 159).

[74] Conforme se observó en A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.1, el Grupo de Trabajo tal vez desee insertar una definición de publicación “internacional” que permita simplificar el texto de este artículo y del proyecto de artículo 15 2).

Artículo 25. Contenido de la convocatoria a licitación[75]

La convocatoria a licitación contendrá, por lo menos, la siguiente información:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) La índole y la cantidad, así como el lugar de la entrega de los bienes que hayan de suministrarse, la índole y ubicación de las obras que hayan de efectuarse, o la índole de los servicios y el lugar donde hayan de prestarse, o cualquier otra combinación de datos que proceda;

c) El plazo conveniente o necesario para el suministro de los bienes o para la terminación de las obras, o el calendario para la prestación de los servicios, o cualquier otra combinación de datos que proceda;

d) Los criterios y procedimientos que se aplicarán para evaluar la idoneidad de los proveedores o contratistas, conforme a lo previsto en el artículo [10 2)];

e) Una declaración, que no podrá ser modificada ulteriormente, de que el proceso de contratación estará abierto a la participación de proveedores o contratistas sin distinción alguna por razones de nacionalidad o, si procede, una declaración que limite la participación por razones de nacionalidad, conforme a lo previsto en el artículo [9 1)];

f) Los medios, la manera y las modalidades de obtención del pliego de condiciones[76];

g) El precio que cobre la entidad adjudicadora por el pliego de condiciones, si procediere;

h) La moneda y la modalidad de pago para la obtención del pliego de condiciones;

i) El idioma o los idiomas en que podrá obtenerse el pliego de condiciones;

j) La manera, las modalidades y el plazo para la presentación de ofertas.

Artículo 26. Entrega del pliego de condiciones[77]

La entidad adjudicadora entregará el pliego de condiciones a los proveedores o contratistas de conformidad con los trámites y requisitos indicados en la convocatoria a licitación. Si ha habido precalificación, la entidad adjudicadora entregará un ejemplar del pliego de condiciones a cada proveedor o contratista que haya sido precalificado y que pague el precio cobrado por dicho documento. El precio que la entidad adjudicadora podrá cobrar a los proveedores o contratistas por

---

[75] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo, que se basa en el artículo 25 1) de la Ley Modelo de 1994, con modificaciones en el párrafo j) (A/CN.9/668, párrs. 161 y 162).

[76] El presente apartado se ha revisado para asegurarse de que sea tecnológicamente neutro.

[77] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo, que se basa en el artículo 26 de la Ley Modelo de 1994, después de introducir un cambio (A/CN.9/668, párrs. 163 y 164).

el pliego de condiciones no podrá exceder del costo de su impresión y distribución a los proveedores o contratistas.

Artículo 27. Contenido del pliego de condiciones[78]

El pliego de condiciones contendrá, por lo menos, la siguiente información:

a) Instrucciones para preparar las ofertas;

b) Los criterios y procedimientos que, conforme a lo dispuesto en el artículo [10], se aplicarán para evaluar la idoneidad de los proveedores o contratistas, así como para volver a demostrarla de conformidad con el artículo [33 6)];

c) Los requisitos en materia de documentos probatorios y demás datos que deban presentar los contratistas o proveedores para demostrar su idoneidad;

d) La descripción del objeto del contrato adjudicable, conforme a lo previsto en el artículo [11]; la cuantía de los bienes y/o de los servicios que hayan de prestarse; el lugar donde hayan de efectuarse las obras o donde hayan de prestarse los servicios; y, si procede, el plazo conveniente requerido para la entrega de los bienes, la realización de las obras o la prestación de los servicios;

e) Los datos acerca de los criterios de evaluación, el procedimiento de evaluación y la evaluación de la conformidad de las ofertas, como se describen en el artículo [12 4) a)][79];

f) Las cláusulas y condiciones del contrato, de ser ya conocidas por la entidad adjudicadora, y el formulario del contrato que hayan de firmar las partes, de haberlo;

g) De estar permitido presentar variantes de las características del objeto del contrato adjudicable, de las cláusulas y condiciones del contrato o de otros requisitos fijados en el pliego de condiciones, una declaración en ese sentido y una descripción de la manera en que habrán de evaluarse y compararse las ofertas presentadas con alguna variante;

h) De estar permitido que los proveedores o contratistas presenten ofertas que correspondan únicamente a una parte del objeto del contrato adjudicable, una descripción de la parte o las partes individualmente adjudicables;

i) La forma en que habrá de expresarse el precio de cada oferta, así como una indicación de si ese precio habrá de cubrir otros elementos distintos del costo en

---

[78] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo, que se basa en el artículo 27 de la Ley Modelo de 1994 (A/CN.9/668, párr. 166).

[79] A pesar de que en el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se acordó que la referencia a los coeficientes de ponderación debería incluirse en este apartado (A/CN.9/668, párr. 165), el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si el texto propuesto con la remisión interna al artículo 12 4) a) sería suficiente y aseguraría la coherencia en toda la Ley Modelo. El artículo 12 4) a) propuesto contiene el requisito de divulgar en el pliego de condiciones los coeficientes de ponderación, cuando proceda (lo que sería discutible en las adjudicaciones basadas únicamente en el precio), además de otros datos. Se puede prestar innecesariamente a confusión el hecho de que en el párrafo e) solo se haga referencia a los coeficientes de ponderación y no a otros datos que se describen en el artículo 12 4) a).

sí del objeto del contrato adjudicable, tales como gastos por concepto de transporte o de seguros, y derechos de aduana o impuestos aplicables;

j) La moneda o las monedas en que habrá de expresarse el precio de las ofertas;

k) El idioma o los idiomas en que, de conformidad con el artículo [13], habrán de presentarse las ofertas;

l) Cualquier exigencia de la entidad adjudicadora relativa al otorgante o a la índole, forma, cuantía y otras cláusulas y condiciones importantes de la garantía de la oferta que haya de otorgar todo proveedor o contratista que presente una oferta, así como relativa a toda garantía de ejecución del contrato adjudicado exigible del proveedor o contratista adjudicatario del contrato, conforme a lo previsto en el artículo 14, y a las garantías relativas a la mano de obra o los materiales;

m) Si un proveedor o contratista no puede modificar ni retirar su oferta antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas sin perder su garantía de la oferta, una declaración en ese sentido;

n) La manera, las modalidades y el plazo para la presentación de ofertas de conformidad con el artículo [29][80];

o) Las modalidades según las cuales los proveedores o contratistas podrán pedir, conforme a lo previsto en el artículo [28], aclaraciones respecto del pliego de condiciones, y una indicación de si la entidad adjudicadora se propone convocar, para dicho fin, una reunión de proveedores o contratistas;

p) El plazo de validez de las ofertas, de conformidad con el artículo [30];

q) La manera, las modalidades, la fecha y la hora de apertura de las ofertas, de conformidad con el artículo [31][81];

r) Los trámites para la apertura y el examen de las ofertas;

s) La moneda que se utilizará a efectos de evaluar y comparar las ofertas de conformidad con el artículo [32 5)] y el tipo de cambio que se utilizará para la conversión a esa moneda, o una indicación de que se utilizará el tipo de cambio que publique determinada institución financiera en determinada fecha;

t) Remisiones a textos de la presente Ley, del reglamento de contratación pública o de cualquier otra norma de derecho interno que sean directamente aplicables al proceso de adjudicación;

u) El nombre, el cargo y la dirección de los funcionarios o empleados de la entidad adjudicadora que hayan sido autorizados para tener comunicación directa con los proveedores o contratistas en relación con el proceso de contratación sin intervención de un intermediario;

---

[80] El Grupo de Trabajo tal vez desee añadir la exigencia de un plazo razonable que permita a los proveedores preparar sus ofertas, como lo ha hecho en el contexto de los acuerdos marco. En la propuesta de artículo 29 1) revisado figura una propuesta de nuevo texto, pero el Grupo de Trabajo tal vez desee incluir también una referencia adecuada en el presente artículo.

[81] Este párrafo ha sido revisado para que sea tecnológicamente neutro y compatible con otras disposiciones similares de la Ley Modelo.

v) Cualquier compromiso que haya de asumir el proveedor o contratista al margen del contrato adjudicado, como pudiera ser en materia de comercio compensatorio o de transferencia de tecnología;

w) Una notificación del derecho previsto en el artículo [56] de la presente Ley a interponer un recurso contra todo acto o decisión ilícita de la entidad adjudicadora o contra el procedimiento seguido en el proceso de adjudicación;

x) Cualquier formalidad que sea requerida, conforme a lo previsto en el artículo [19], una vez aceptada una oferta, para la validez del contrato adjudicado, inclusive, cuando corresponda, la firma de un contrato escrito, y la aprobación de una autoridad u otro órgano público superior y una estimación del tiempo que, una vez expedido el aviso de aceptación, se necesitará para obtener esa aprobación;

y) Cualquier otro requisito establecido por la entidad adjudicadora de conformidad con la presente Ley y el reglamento de la contratación pública aplicable a la preparación y presentación de ofertas y a otros aspectos del proceso de adjudicación.

Artículo 28. Aclaraciones y modificaciones del pliego de condiciones[82]

1) Todo proveedor o contratista podrá solicitar aclaraciones de la entidad adjudicadora acerca del pliego de condiciones. La entidad adjudicadora dará respuesta a aquellas solicitudes de aclaración que reciba con antelación suficiente al término del plazo fijado para la presentación de ofertas. La entidad adjudicadora deberá responder dentro de un plazo razonable que deje margen al proveedor o contratista para presentar a tiempo su oferta, y comunicará la aclaración, sin identificar al autor de la solicitud, a todos los proveedores o contratistas a los cuales haya entregado el pliego de condiciones.

2) La entidad adjudicadora podrá, en cualquier momento antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas y por cualquier motivo, sea por iniciativa propia o en respuesta a una solicitud de aclaración, modificar el pliego de condiciones, publicando una adición que será comunicada sin demora a todos los proveedores o contratistas a los cuales la entidad adjudicadora haya entregado el pliego de condiciones y que será obligatoria para ellos.

3) Si convoca una reunión de proveedores o contratistas, la entidad adjudicadora levantará acta de ella y consignará las solicitudes de aclaración del pliego de condiciones que se hayan formulado, sin indicar el autor, y sus respuestas. Dicha acta será proporcionada sin demora a los proveedores o contratistas a los que la

---

[82] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo, que reproduce el artículo 28 de la Ley Modelo de 1994, sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 167). Se convino en que se mencionaran, en el comentario de la Guía dedicado a este artículo, las disposiciones relativas a la prórroga del plazo para la presentación de ofertas (párrafo 2) del artículo 29 del actual proyecto). Se observó, además, que en el contexto de la contratación por vía electrónica, toda obligación que tuviera la entidad adjudicadora de facilitar datos o aclaraciones a algún proveedor o contratista dependería de que el solicitante de la información ya hubiera dado a conocer a la entidad adjudicadora sus datos personales (A/CN.9/668, párr. 168).

entidad adjudicadora haya entregado el pliego de condiciones a fin de que puedan tenerla en cuenta al preparar sus ofertas.

SECCIÓN II. PRESENTACIÓN DE LAS OFERTAS

Artículo 29. Presentación de las ofertas[83]

1) Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2) a 5) del presente artículo, la entidad adjudicadora concretará en la convocatoria a licitación de conformidad con el apartado j) del artículo 25, y en el pliego de condiciones de conformidad con el apartado n) del artículo 27, la manera, las modalidades y el plazo para la presentación de ofertas. Este plazo se expresará con indicación de fecha y hora, y dejará tiempo suficiente a los proveedores o contratistas para preparar y presentar sus ofertas teniendo en cuenta las necesidades razonables de la entidad adjudicadora[84].

2) La entidad adjudicadora que, con arreglo al artículo [28], publique una aclaración o modificación del pliego de condiciones o convoque una reunión de contratistas o proveedores, deberá, antes de que venza el plazo para la presentación de ofertas, prorrogar ese plazo si ello fuere necesario para dejar a los proveedores o contratistas margen suficiente para tener en cuenta en sus ofertas toda aclaración o modificación que se haga o el acta de la reunión convocada.

3) La entidad adjudicadora podrá, a su entera discreción, prorrogar el plazo para la presentación de ofertas, antes de su vencimiento, cuando resulte imposible para uno o más de los proveedores o contratistas, por circunstancias ajenas a su voluntad, presentar sus ofertas dentro del plazo.

4) Cualquier prórroga del plazo deberá ser notificada sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas a los que la entidad adjudicadora haya entregado el pliego de condiciones.

5)[85] a) Toda oferta deberá presentarse por escrito y firmada, y:

i) de estar consignada sobre papel, deberá presentarse en sobre sellado; o

ii) de estar consignada sobre algún otro soporte, deberá satisfacer los requisitos impuestos por la entidad adjudicadora para que la oferta así presentada goce, como mínimo, de un grado de autenticidad, seguridad, integridad y confidencialidad análogo al de las demás ofertas;

---

[83] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo, que se basa en el artículo 30 de la Ley Modelo de 1994, con las modificaciones introducidas en el párrafo 1) (A/CN.9/668, párr. 171).

[84] Las disposiciones de este párrafo han sido revisadas para que sean tecnológicamente neutras y compatibles con las demás disposiciones de la Ley Modelo.

[85] El texto del párrafo 5) del presente artículo figura tal como fue aprobado provisionalmente por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (véase A/CN.9/640, párr. 28).

b) La entidad adjudicadora dará al proveedor o contratista un recibo en el que deberán constar la fecha y la hora de la presentación de su oferta[86];

c) La entidad adjudicadora deberá preservar la seguridad, integridad y confidencialidad de toda oferta y se encargará de que el contenido de la oferta sea examinado únicamente después de su apertura conforme a lo previsto en la presente Ley.

6) Las ofertas que la entidad adjudicadora reciba una vez vencido el plazo para su presentación se devolverán sin abrir a los proveedores o contratistas que las hayan presentado.

Artículo 30. Plazo de validez de las ofertas; modificación y retirada de una oferta[87]

1) Las ofertas tendrán validez durante el período indicado en el pliego de condiciones.

2) a) Antes de que venza el plazo de validez de las ofertas, la entidad adjudicadora podrá solicitar a los proveedores o contratistas una prórroga de duración determinada. [El proveedor o contratista podrá denegar la solicitud sin perder por ello la garantía de su oferta, y la validez de su oferta cesará al vencer el plazo de validez no prorrogado];

b) El proveedor o contratista que acepte prorrogar el plazo de validez de su oferta deberá prorrogar o negociar una prórroga del plazo de validez de la garantía de su oferta o presentar una nueva garantía de su oferta que cubra la prórroga de la validez de su oferta. Se considerará que el proveedor o contratista cuya garantía no sea prorrogada, o que no presente una nueva garantía, ha rechazado la solicitud de prórroga del plazo de validez de su oferta.

3) A menos que en el pliego de condiciones se estipule otra cosa, el proveedor o contratista podrá modificar o retirar su oferta antes de que venza el plazo para presentarla, sin perder por ello la garantía de su oferta. La modificación o el aviso de retirada de la oferta serán válidos siempre que la entidad adjudicadora los reciba antes de que venza el plazo fijado para la presentación de ofertas.

---

[86] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aceptó la sugerencia de que se examinara en la Guía la índole del recibo que habría de darse, y se indicara que el certificado de recepción entregado por la entidad adjudicadora tendría valor de prueba concluyente (A/CN.9/668, párr. 173).

[87] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aplazó el examen de este proyecto de artículo, que se basa en el artículo 31 de la Ley Modelo de 1994, teniendo en cuenta las opiniones divergentes expresadas en relación con la propuesta de suprimir la segunda oración del apartado a) del párrafo 2) (A/CN.9/668, párrs. 175 y 176). En cuanto al examen del historial de la elaboración de estas disposiciones, véase A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, sección G.

A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.3 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 16º período de sesiones

ADICIÓN

En la presente nota se exponen los proyectos de artículos 31 a 33 del capítulo II (Proceso de licitación) y del capítulo III (Condiciones y procedimientos para la licitación restringida, la licitación con dos sobres y la solicitud de cotizaciones) del proyecto de Ley Modelo revisada.

Se señala a la atención del Grupo de Trabajo los proyectos de artículos 32, 34 y 35, cuyo examen fue aplazado por el Grupo hasta una etapa posterior.

En las notas de pie de página que se adjuntan al texto se han hecho constar las observaciones de la Secretaría.

Además, en la presente nota se consolidan las disposiciones de la Ley Modelo de 1994 correspondientes a la propuesta de capítulo IV (Condiciones y procedimientos para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas y la negociación competitiva) con los cambios que se introducirán en razón de las revisiones acordadas de la Ley Modelo de 1994. En el documento A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.4 se expone una propuesta de artículo refundido sobre la solicitud de propuestas y la negociación competitiva que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí pero no examinó en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 210 a 212). Cualesquiera propuestas adicionales de modificación del capítulo IV presentadas por las delegaciones, como se indicó en el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 279), se pondrán a disposición del Grupo de Trabajo para su examen durante el período de sesiones.

CAPÍTULO II. PROCESO DE LICITACIÓN
(*continuación*)

SECCIÓN III. EVALUACIÓN Y COMPARACIÓN DE LAS OFERTAS

Artículo 31. Apertura de las ofertas[1]

1) Las ofertas se abrirán en la fecha y la hora indicadas en el pliego de condiciones como plazo para la presentación de ofertas, o al expirar cualquier prórroga de ese plazo, de conformidad con la forma, las modalidades y los procedimientos enunciados en el pliego de condiciones[2].

2) La entidad adjudicadora autorizará a todo proveedor o contratista que haya presentado una oferta a asistir al acto de apertura o a hacerse representar en él. Se estimará que todo proveedor o contratista que haya sido adecuada y oportunamente informado del acto de apertura estará autorizado a asistir al mismo.

3) El nombre y la dirección de cada proveedor o contratista cuya oferta sea abierta y el precio de esa oferta se anunciarán a los presentes en el acto de apertura y, previa solicitud, se comunicarán a todo proveedor o contratista que haya presentado una oferta y no esté presente ni representado en el acto de apertura, y deberán ser anotados de inmediato en el expediente del proceso de licitación prescrito en el artículo [22][3].

---

[1] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó el proyecto de artículo, que se basa en el artículo 33 de la Ley Modelo de 1994 y en el texto del párrafo 2) aprobado provisionalmente por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (véase A/CN.9/640, párr. 38), sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 177). Se convino en que se pusiera de manifiesto en la Guía que las modalidades establecidas por la entidad adjudicadora para la apertura de las ofertas (fecha y hora, lugar cuando fuera aplicable, y otros factores) debían dar margen para que asistieran a la misma los proveedores o contratistas (A/CN.9/668, párr. 178).

[2] Este párrafo ha sido revisado para que sea tecnológicamente neutro y compatible con otras disposiciones similares de la Ley Modelo.

[3] El Grupo de Trabajo podrá recordar que las disposiciones del artículo 22 1) b) exigen los detalles equivalentes de todos aquellos que presentaron ofertas que se van a registrar, y tal vez desee incluir una nota en la Guía para explicar que las ofertas presentadas una vez vencido el plazo se devolverán sin abrir, pero su presentación (una vez vencido el plazo) se anotará en el registro.

Artículo 32. Examen, evaluación y comparación de las ofertas[4]

1) a) Con miras a facilitar su examen, evaluación y comparación de las ofertas, la entidad adjudicadora podrá pedir a todo proveedor o contratista que aclare la suya. No se solicitará, ofrecerá ni autorizará modificación alguna en cuanto al fondo de una oferta presentada, particularmente si dicha modificación afecta al precio de la oferta o tiende a hacer conforme una oferta que no lo sea;

b) No obstante lo dispuesto en el apartado a) del presente párrafo, la entidad adjudicadora corregirá todo error meramente aritmético que se descubra durante el examen de las ofertas. La entidad adjudicadora notificará sin demora la corrección al proveedor o contratista que haya presentado la oferta.

2) a) A reserva de lo dispuesto en el apartado b) del presente párrafo, la entidad adjudicadora [podrá considerar] [considerará][5] conformes [únicamente][6] las ofertas que cumplan [todos los requisitos enunciados en el pliego de condiciones] [los requisitos pertinentes enunciados en el pliego de condiciones] [la descripción del objeto del contrato adjudicable y las cláusulas y condiciones del contrato adjudicable o del acuerdo marco [indicadas en el pliego de condiciones en aplicación del artículo 11 de la presente Ley]][7];

b) La entidad adjudicadora podrá considerar conforme una oferta aun cuando se aparte ligeramente, pero sin alterarla, de las características, cláusulas, condiciones y demás requisitos enunciados en el pliego de condiciones o aun cuando adolezca de errores u omisiones que se puedan corregir sin alterar el fondo

---

[4] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aplazó el examen de este artículo, que se basa en el artículo 34 de la Ley Modelo de 1994, teniendo en cuenta las opiniones divergentes expresadas en relación con las sugerencias relativas a su redacción (A/CN.9/668, párrs. 180 y 181). A petición del Grupo de Trabajo, las sugerencias de redacción figuran entre corchetes en el presente proyecto para su examen ulterior por el Grupo de Trabajo. Se pidió también a la Secretaría que estudiara el historial de la redacción de las disposiciones afectadas, y la manera en que se han resuelto cuestiones similares en los instrumentos internacionales ya aplicables, informando de sus conclusiones al procederse al examen de dichas disposiciones (*ibid.*). Los resultados de ese estudio se recogen en el documento A/CN.9/WG.I/WP.68, Sección II.A y B.

[5] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de sustituir la palabra "may", que figura en el texto original en inglés de 1994, por la palabra "shall", para velar por que se aclare objetivamente su conformidad. El Grupo de Trabajo podrá considerar que la utilización de la palabra "may" en este contexto podría dar lugar a una subjetividad no deliberada ni deseada, y proporciona una descripción de lo que podría ser una oferta conforme, y no una definición de oferta conforme.

[6] El Grupo de Trabajo podría considerar que la palabra "only", que figura en la versión original en inglés, no es necesaria si la palabra "shall" se emplea en esta disposición; véase a este respecto la nota 5 *supra.*

[7] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aplazó el examen de estos textos alternativos que figuran entre corchetes y solicitó a la Secretaría que estudiara el historial de la redacción de las disposiciones afectadas, y la manera en que se han resuelto cuestiones similares en los instrumentos internacionales ya aplicables, informando de sus conclusiones al procederse al examen de dichas disposiciones (A/CN.9/668, párrs. 180 a) y 181). Los resultados de ese estudio se recogen en el documento A/CN.9/WG.I/WP.68, sección II.A.

de la oferta. Todo desvío de esa índole será cuantificado, en la medida de lo posible, y debidamente ponderado al evaluar y comparar las ofertas[8].

3) La entidad adjudicadora rechazará una oferta:

a) Cuando el proveedor o contratista que la haya presentado resulte no ser idóneo;

b) Cuando el proveedor o contratista que la haya presentado no acepte la corrección de un error de cálculo efectuada conforme a lo previsto en el apartado b) del párrafo 1) del presente artículo;

c) Cuando la oferta no sea conforme;

d) En las circunstancias mencionadas en los artículos [17 y 18].

4) a) La entidad adjudicadora evaluará y comparará las ofertas que no hayan sido rechazadas a fin de determinar la oferta ganadora, con arreglo al apartado b) del presente párrafo, según los procedimientos y criterios enunciados en el pliego de condiciones. No se aplicará criterio alguno que no esté enunciado en el pliego de condiciones;

b) La oferta ganadora será:

i) [Cuando el precio sea el único criterio de adjudicación de un contrato][9] aquella cuyo precio sea más bajo, a reserva de cualquier margen de preferencia que sea aplicable de conformidad con el artículo [12]; o

ii) [Cuando existan otros criterios de adjudicación de un contrato, además del precio][10] previa estipulación en el pliego de condiciones, aquella que sea calificada de [más económica][11] en función de los criterios de evaluación enunciados en el pliego de condiciones conforme a lo previsto en el artículo [12].

---

[8] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la evaluación de la conformidad es una etapa que debería regularse en algunos o en todos los demás métodos de contratación, y la manera en que se compara con el establecimiento de un nivel mínimo en virtud del proyecto de artículo 35 revisado (Licitación con dos sobres). En el 15º período de sesiones se sugirió incluir una remisión interna al texto del proyecto de artículo 11 revisado en el apartado c) del párrafo 3 del presente artículo (A/CN.9/668, párr. 179 b)). El alcance actual del proyecto de artículo 11 revisado no permite incluir una remisión interna adecuada, ya que se refiere a la descripción del objeto del contrato adjudicable y a las cláusulas y condiciones del contrato, y no a la evaluación de la conformidad. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de incluir en el proyecto de artículo 11 revisado una disposición sobre la evaluación de la conformidad, además de sus disposiciones sobre la descripción del objeto del contrato adjudicable (de tal manera que se armonice también el artículo 11 con las disposiciones propuestas sobre evaluación del proyecto de artículo 12 revisado).

[9] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aplazó el examen de la propuesta de añadir este texto al comienzo del presente inciso, y solicitó a la Secretaría que estudiara el historial de la redacción de las disposiciones afectadas y la manera en que se han resuelto cuestiones similares en los instrumentos internacionales ya aplicables, informando de sus conclusiones al procederse al examen de dichas disposiciones (A/CN.9/668, párrs. 180 d) y 181). Los resultados de ese estudio se recogen en el documento A/CN.9/WG.I/WP.68, sección II.B.2.

[10] *Ibid*.

[11] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aplazó el examen de un término distinto de la oferta más económica evaluada, como la oferta mejor evaluada, y solicitó a la Secretaría que estudiara el historial de la redacción de las disposiciones afectadas, y la manera en que se han

5) A los efectos de la evaluación y comparación de las ofertas, los precios que estén expresados en dos o más monedas se deberán convertir a una misma moneda de acuerdo con el tipo de cambio indicado en el pliego de condiciones conforme a lo previsto en el artículo [27 s)].

6) La entidad adjudicadora, haya habido o no precalificación conforme al artículo [15], podrá exigir al proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora con arreglo al apartado b) del párrafo 4) del presente artículo que vuelva a demostrar su idoneidad mediante criterios y procedimientos que se ajusten a lo dispuesto en el artículo [10]. Los criterios y procedimientos que se utilicen deberán estar enunciados en el pliego de condiciones. Si ha habido precalificación, los criterios que se utilicen serán los mismos que se hayan aplicado en ella.

7) Cuando con arreglo al párrafo precedente se pida al proveedor o contratista que haya presentado la oferta ganadora que vuelva a demostrar su idoneidad con arreglo al párrafo 6) del presente artículo, y este no lo haga, la entidad adjudicadora rechazará esa oferta y seleccionará otra entre las ofertas restantes, de conformidad con el párrafo 4) del presente artículo, a reserva del derecho que le corresponde con arreglo al artículo [16 1)] de rechazarlas todas.

8) A reserva de lo dispuesto en los artículos [19 y 22], no se revelará información alguna relativa al examen, la aclaración, la evaluación y 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 ofertas, o en la determinación de la oferta ganadora.

Artículo 33. Prohibición de negociaciones con los proveedores o contratistas[12]

La entidad adjudicadora no celebrará negociación alguna con ningún proveedor o contratista respecto de la oferta que haya presentado.

---

resuelto cuestiones similares en los instrumentos internacionales ya aplicables, informando de sus conclusiones al procederse al examen de dichas disposiciones (A/CN.9/668, párrs. 180 c), 181 y 220). Los resultados de ese estudio se recogen en el documento A/CN.9/WG.I/WP.68, sección II.B.1. Véanse también las disposiciones del proyecto de artículo 12 revisado en A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.1.

[12] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo, que se basa en el artículo 35 de la Ley Modelo de 1994, sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 182).

CAPÍTULO III. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA LICITACIÓN RESTRINGIDA, LA LICITACIÓN CON DOS SOBRES Y LA SOLICITUD DE COTIZACIONES

Artículo 34. Licitación restringida[13]

VARIANTE 1[14]

1) La entidad adjudicadora podrá, cuando sea necesario por razones de [economía y eficiencia] [economía o eficiencia] [eficiencia económica][15], recurrir a la contratación mediante el procedimiento de licitación restringida de conformidad con el presente artículo, si:

a) El objeto del contrato adjudicable, en razón de su gran [complejidad o][16] su carácter especializado, solo puede 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 del objeto del contrato adjudicable.

2) a) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida por los motivos mencionados en el apartado a) del párrafo 1 del presente artículo, solicitará ofertas de todos los proveedores y contratistas de los que pueda obtenerse el objeto del contrato adjudicable;

---

[13] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aplazó el examen de todas las variantes previstas para este artículo (A/CN.9/668, párr. 192). No obstante, se convino en que la primera frase relativa a una aprobación por una autoridad superior se suprimiría en todas las variantes (A/CN.9/668, párr. 189). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo solicitó a la Secretaría que redactara la variante 3, basada en la propuesta formulada en ese mismo período de sesiones para armonizar las disposiciones de la Ley Modelo en materia de licitación restringida con las disposiciones en materia de licitaciones selectivas del artículo X del Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública (A/CN.9/668, párr. 188).

[14] Basada en la fusión de los artículos 20 y 47 de la Ley Modelo de 1994. El párrafo 1) se basa en el artículo 20 de dicha Ley Modelo, y los párrafos 2) a 4) se basan en el artículo 47 de esa misma Ley.

[15] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar cuál de los tres términos que figuran entre corchetes debería mantenerse en las disposiciones, teniendo en cuenta la propuesta de artículo 7 3) (en la que se emplea el término "eficiencia económica") y del texto de la Ley Modelo (que no es coherente en la utilización de los otros dos términos) (véanse los artículos 20 y 48 2)).

[16] En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se manifestó cierta preferencia por mantener la variante 1 por el hecho de que la licitación restringida sería útil, además de las situaciones reguladas por la variante 2 (el valor de la contratación sería desproporcionado con respecto al tiempo y los gastos que requeriría el examen y la evaluación de un gran número de ofertas) en relación con la contratación de productos especializados. Durante el período de sesiones no hubo debate sobre si los proyectos complejos implican siempre elementos especializados y, por lo tanto, si el recurso a la licitación restringida podría justificarse únicamente por la complejidad de aquellos. Si el Grupo de Trabajo considera que el texto debe aportar flexibilidad a una contratación muy compleja y especializada, tal vez desee consiguientemente mantener la variante 1 (A/CN.9/668, párr. 185).

b) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida por los motivos mencionados en el apartado b) del párrafo 1 del presente artículo, escogerá a los proveedores o contratistas de los que se solicitarán ofertas de manera no discriminatoria[17] y en número suficiente para garantizar una efectiva competencia.

3) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida, hará que se publique un aviso del proceso de licitación restringida en ... (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial en la que se haya de publicar el aviso)[18]. El anuncio contendrá al menos la información que figura en el artículo 25 de la presente Ley[19]. El anuncio no conferirá derecho alguno a los proveedores o contratistas, ni siquiera el derecho a que su oferta sea evaluada[20].

4) Lo dispuesto en el capítulo II de la presente Ley, con la excepción del artículo [24], se aplicará al proceso de licitación restringida, salvo que se disponga otra cosa en el presente artículo.

VARIANTE 2[21]

1) La entidad adjudicadora podrá, cuando sea necesario por razones de [economía y eficiencia] [economía o eficiencia] [eficiencia económica][22], recurrir a la contratación mediante el procedimiento de licitación restringida de conformidad con el presente artículo cuando [el objeto del contrato adjudicable, en razón de su carácter muy especializado, solo pueda obtenerse de un número limitado de

---

[17] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar, además, la manera de proporcionar orientación adecuada sobre lo que se entiende por "no discriminatorio" en este contexto, y sobre los criterios que podrían aplicarse para seleccionar a los participantes. El Grupo de Trabajo podrá recordar su decisión de que no debería existir una precalificación obligatoria en virtud del proyecto de Ley Modelo propuesto, pero podría recurrirse a la precalificación para limitar el acceso a una contratación específica (A/CN.9/668, párr. 95), noción que se refleja en la variante 3 para el presente artículo *infra*. Además, el Grupo de Trabajo ha señalado que la índole de la contratación permite presentar criterios objetivos para la selección (A/CN.9/668, párr. 190). Asimismo, se ha observado que en los tipos de contratación en los que se aplica el segundo motivo para la utilización de la licitación restringida, los criterios de calificación por sí solos podrían resultar insuficientes para limitar el acceso a un número razonable de participantes.

[18] A este respecto, el Grupo de Trabajo puede señalar que esta disposición prescribe la publicación nacional (como sucede en el artículo 24 1)), pero no la publicación internacional (como sucede en el artículo 24 2)). Otra formulación distinta podría ser suprimir el párrafo 3) del presente artículo y sustituir la referencia al artículo 24 en el párrafo 4) por una referencia al artículo 24 2).

[19] La segunda frase del párrafo 3) fue incluida a raíz de la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 191).

[20] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar los efectos de esta disposición, en conjunción con los artículos revisados, sobre las vías de recurso y las medidas ejecutorias del capítulo VII de la Ley Modelo revisada.

[21] En los párrafos 38 a 40 del documento A/CN.9/WG.I/WP.66 se exponen los motivos de la propuesta de variante 2.

[22] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar cuál de los tres términos que figuran entre corchetes debería mantenerse en las disposiciones, teniendo en cuenta la propuesta de artículo 7 3) (en la que se emplea el término "eficiencia económica") y del texto de la Ley Modelo (que no es coherente en la utilización de los otros dos términos) (véanse los artículos 20 y 48 2)).

proveedores o contratistas, o cuando][23] el tiempo y los gastos que requiera el examen y la evaluación de un gran número de ofertas sea desproporcionado con respecto al valor del objeto del contrato adjudicable.

2) La entidad adjudicadora seleccionará a los proveedores o contratistas de los que se solicitarán ofertas de manera no discriminatoria[24] y en número suficiente para garantizar una efectiva competencia.

3) Cuando la entidad adjudicadora recurra al procedimiento de licitación restringida, hará que se publique un aviso del proceso de licitación restringida en ... (el Estado promulgante indicará la gaceta u otra publicación oficial en la que se haya de publicar el aviso). El anuncio contendrá al menos la información que figura en el artículo 25 de la presente Ley. El anuncio no conferirá derecho alguno a los proveedores o contratistas, ni siquiera el derecho a que su oferta sea evaluada[25].

4) Lo dispuesto en el capítulo II de la presente Ley, con la excepción del artículo [24], se aplicará al proceso de licitación restringida, salvo que se disponga otra cosa en el presente artículo.

VARIANTE 3[26]

Artículo 34. Licitación con preselección

1) La entidad adjudicadora podrá, cuando sea necesario por razones de [economía y eficiencia] [economía o eficiencia] [eficiencia económica][27], recurrir a la contratación mediante el procedimiento de licitación con preselección de conformidad con el presente artículo, cuando el tiempo y los gastos que requiera el examen y la evaluación de un gran número de ofertas sea desproporcionado con respecto al valor del objeto del contrato adjudicable.

2) Cuando una entidad adjudicadora tenga la intención de utilizar el procedimiento de licitación con preselección, esa entidad adjudicadora recurrirá al procedimiento de precalificación de conformidad con el artículo 15 de la presente Ley, salvo que:

a) En la convocatoria a precalificación y en la documentación de precalificación se haga constar, además de la información que figura en los párrafos 3) y 5) del artículo 15, que la entidad adjudicadora, tras la finalización del procedimiento

---

[23] El texto que figura entre corchetes se incluyó a raíz de la propuesta formulada en el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párr. 186).

[24] Véase la nota 17 *supra*.

[25] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar los efectos de esta disposición, en conjunción con los artículos revisados, sobre las vías de recurso y las medidas ejecutorias del capítulo VII de la Ley Modelo revisada. Véase también la nota 18 *supra*.

[26] Basada la propuesta formulada durante el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo que, a su vez, se basa en las disposiciones del artículo X del Acuerdo de la OMC sobre Contratación Pública y en el artículo IX del Acuerdo revisado de la OMC sobre Contratación Pública. Esta variante se presenta por primera vez para su examen por el Grupo de Trabajo, a raíz de la petición formulada por dicho Grupo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 188).

[27] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar cuál de los tres términos que figuran entre corchetes debería mantenerse en las disposiciones, teniendo en cuenta la propuesta de artículo 7 3) (en la que se emplea el término "eficiencia económica") y del texto de la Ley Modelo (que no es coherente en la utilización de los otros dos términos) (véanse los artículos 20 y 48 2)).

de precalificación, tiene la intención de pedir ofertas solo a un número limitado de proveedores o contratistas precalificados que cumplan mejor los criterios de precalificación;

b) En la convocatoria a precalificación y en la documentación de precalificación se hará constar además el número máximo de proveedores o contratistas precalificados a los que se solicitarán ofertas, que serán al menos [5], y la manera en que se llevará a cabo la selección de aquellos[28];

c) La entidad adjudicadora puntuará a los proveedores o contratistas que cumplan los criterios de precalificación, aplicando para ello los criterios de evaluación de su idoneidad y elaborará la lista de los que serán invitados a presentar ofertas al concluir el procedimiento de precalificación. Al elaborar la lista, la entidad adjudicadora aplicará únicamente los criterios de puntuación que se enuncien en la convocatoria de precalificación y en la documentación de precalificación. La entidad adjudicadora seleccionará a los proveedores o contratistas de los que se solicitarán ofertas de manera no discriminatoria y en número suficiente para garantizar una efectiva competencia;

d) La entidad adjudicadora notificará sin demora a cada proveedor o contratista si ha sido seleccionado o no, y dará a conocer a quien lo solicite los nombres de todos los proveedores o contratistas que hayan sido seleccionados. La entidad adjudicadora comunicará los fundamentos de su decisión a los proveedores o contratistas que no hayan sido seleccionados y que lo soliciten.

3) La entidad adjudicadora convocará a todos los proveedores o contratistas seleccionados para que presenten sus ofertas. Cuando no se ponga a disposición del público el pliego de condiciones desde la fecha de publicación de la convocatoria a precalificación, la entidad adjudicadora velará por que dicho pliego se ponga a disposición de todos los proveedores o contratistas seleccionados al mismo tiempo.

4) Lo dispuesto en el capítulo II de la presente Ley se aplicará a las etapas posteriores del proceso de licitación con preselección, salvo que se disponga otra cosa en el presente artículo.

Artículo 35. Licitación con dos sobres[29]

1) La entidad adjudicadora podrá [(, con la aprobación de ... (el Estado promulgante designará el órgano competente),)] [30] recurrir a la contratación

---

[28] En lo que respecta a determinados criterios que podrían aplicarse para determinar los proveedores pertinentes, véase la nota 17 *supra*.

[29] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, después de celebrar un debate sobre si estas disposiciones deben mantenerse en la Ley Modelo revisada, decidió mantener este proyecto de artículo, que se basa en el artículo 42 2) de la Ley Modelo de 1994, pero aplazó su examen hasta una etapa ulterior (A/CN.9/668, párr. 201). El artículo propuesto en el presente documento se ha redactado de nuevo para esclarecer aún más su alcance y finalidad, teniendo en cuenta las deliberaciones mantenidas durante el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/668, párrs. 193 a 201).

[30] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si esta oración debe mantenerse, teniendo en cuenta las decisiones que adoptó durante el 15º período de sesiones a fin de eliminar el requisito de la aprobación por una autoridad superior en otros casos similares. El Grupo de Trabajo

mediante una licitación con dos sobres de conformidad con las disposiciones del presente artículo [cuando los requisitos de calidad y técnica de las ofertas se evalúen con independencia del precio][31].

2) La entidad adjudicadora podrá solicitar ofertas mediante convocatoria abierta o, en los casos previstos en el artículo [34 1)], mediante convocatoria directa[32].

3) En caso de que la convocatoria sea abierta, las disposiciones del capítulo II de la presente Ley [, salvo [los párrafos 2) y 3) del artículo 31,]] se aplicarán a los procedimientos a que hace referencia el presente artículo, salvo que en él se disponga otra cosa[33].

4) En caso de convocatoria directa, las disposiciones de [los párrafos 2) y 3) del artículo 34] y las disposiciones del capítulo II de la presente Ley[, salvo los artículos [24 y 31],] se aplicarán a los procedimientos a que hace referencia el presente artículo, salvo que en él se disponga otra cosa[34].

5) En el pliego de condiciones se invitará a los proveedores o contratistas a que presenten simultáneamente a la entidad adjudicadora las ofertas en dos sobres: uno de ellos con los requisitos de calidad y técnica de la oferta y el otro sobre con el precio de la oferta.

6) La entidad adjudicadora establecerá un nivel mínimo para los requisitos de calidad y técnica de las ofertas de conformidad con los criterios de valoración distintos del precio que se hayan indicado en el pliego de condiciones en aplicación del artículo 12 de la presente Ley[35].

7) La entidad adjudicadora abrirá los sobres que contienen los requisitos de calidad y técnica de las ofertas. La entidad adjudicadora calificará los requisitos de calidad y técnica de cada oferta de conformidad con esos criterios y con la ponderación relativa y la manera de aplicar cada criterio que se establezca en el pliego de condiciones en aplicación del [artículo 12] de la presente Ley[36]. [Los

---

decidió en ese período de sesiones que examinaría si ese requisito debe imponerse en función de cada caso (A/CN.9/668, párr. 122).

[31] Basado en el inciso i) del apartado a) del párrafo 1) del artículo 19 de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las condiciones que deben imponerse para utilizar este método.

[32] Basado en las disposiciones del artículo 37 de la Ley Modelo de 1994.

[33] Basado en el sentido del capítulo IV de la Ley Modelo de 1994. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si las disposiciones sobre la transparencia del artículo 31 deben aplicarse a los procedimientos previstos en este artículo.

[34] *Ibid*. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar, además, si las disposiciones de los artículos 24 y 31 deben aplicarse.

[35] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la referencia en este artículo al establecimiento de un nivel mínimo y a la evaluación de ofertas en función de ese nivel mínimo equivale a una evaluación de la conformidad, como se indica en el párrafo 7). De ser así, el Grupo tal vez desee simplificar las disposiciones remitiéndose a los proyectos de artículos 11 y 32 revisados, según proceda.

[36] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si existen ciertas coincidencias entre la evaluación de la conformidad y la evaluación de ofertas en las disposiciones del presente párrafo y del posterior (que se basan en el artículo 42 del texto de 1994). De ser así, el Grupo tal vez desee aplicar las medidas adoptadas en los procedimientos normales de licitación, mediante la repetición o las remisiones internas, añadiendo otras disposiciones que reflejen el procedimiento con dos sobres. Además, el Grupo de Trabajo podrá recordar que los redactores del texto

sobres que contienen los requisitos de calidad y técnica de esas] [Las] ofertas que alcancen una puntuación inferior al nivel mínimo [se devolverán a los proveedores o contratistas que las presentaron, y sus ofertas] se considerarán no conformes.

8) Al finalizar el examen, la evaluación, la comparación y la calificación de los requisitos de calidad y técnica de las ofertas, la entidad adjudicadora abrirá los sobres que contienen la información sobre los precios de las ofertas cuyos requisitos de calidad y técnica hayan alcanzado una puntuación igual o superior al nivel mínimo. Los sobres que contienen la información sobre los precios de las ofertas que hayan alcanzado una calificación inferior al nivel mínimo en lo que respecta a los requisitos de calidad y técnica no se abrirán [y se devolverán a los proveedores o contratistas que los hayan presentado].

9) La entidad adjudicadora comparará los precios y sobre esa base determinará la oferta ganadora de conformidad con los criterios y el procedimiento previstos en el pliego de condiciones en aplicación del artículo 12. La oferta ganadora será:

a) La oferta cuyo precio sea más bajo; o

b) La oferta que tenga la mejor puntuación combinada en función de los criterios distintos del precio mencionados en el párrafo 7) del presente artículo y en función del precio[37].

---

de 1994 declararon que con la Ley Modelo se trató de evitar el establecimiento de mecanismos (y se centró en los principios), y si, consiguientemente, algún detalle podría examinarse en la Guía. Por ejemplo, este artículo podría incluir el párrafo 1), y un párrafo para declarar que las disposiciones del capítulo II y los artículos 34 2) y 3) se aplican, además de las disposiciones adicionales que incorporen dos sobres y una apertura secuencial. Véase también la siguiente nota en lo que respecta a la evaluación de las ofertas.

[37] En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó preocupación por el hecho de que las disposiciones del presente apartado no estén armonizadas con otras disposiciones similares de la Ley Modelo (por ejemplo, el inciso ii) del apartado b) del párrafo 4) del artículo 32 del presente proyecto). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el alcance de la diferencia entre la aceptación de "la oferta más económica evaluada" y "la oferta que tenga la mejor puntuación combinada" en función del precio y otros criterios, y si se trata de una diferencia de fondo o terminológica. El Grupo de Trabajo tal vez desee, además, examinar si, habida cuenta del historial de la redacción y de las explicaciones que figuran en el documento A/CN.9/WG.I/WP.68, sección II.B, resulta beneficioso mantener una terminología diferente y una evaluación posiblemente diferente, si los beneficios de la coherencia pueden superar a los beneficios de mantener términos y conceptos informales, o viceversa y, consiguientemente, si las disposiciones de, por ejemplo, el proyecto del inciso ii) del apartado b) del párrafo 4) del artículo 32 revisado podría aplicarse en este caso. A este respecto, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la probabilidad de que el procedimiento de este artículo resulte realmente beneficioso si se acepta la oferta cuyo precio sea más bajo, y si una simple alternativa sería permitir que se pidan dos sobres como una variante en la licitación ordinaria, quizás también cuando la evaluación se base en la oferta que tenga la mejor puntuación combinada (o la oferta más económica evaluada).

Artículo 36. Solicitud de cotizaciones[38]

1) La entidad adjudicadora podrá iniciar un proceso de contratación mediante una solicitud de cotizaciones presentada de conformidad con el presente artículo, cuando se trate de bienes o servicios de disponibilidad inmediata que no sean fabricados o prestados por encargo siguiendo la descripción específica [39] de la entidad adjudicadora y que tengan un mercado establecido, con tal de que el valor estimado del contrato adjudicable sea inferior al fijado en la reglamentación de la contratación pública.

2) La entidad adjudicadora no dividirá el objeto de la contratación en contratos separados a fin de poder hacer valer el párrafo 1) del presente artículo.

3) La entidad adjudicadora solicitará cotizaciones del mayor número de proveedores o contratistas, pero, a ser posible, de un mínimo de tres. Se indicará al proveedor o contratista invitado a dar cotizaciones si el precio ha de incluir elementos distintos del costo del propio objeto del contrato adjudicable, tales como cualesquiera gastos de transporte y de seguro, derechos de aduana e impuestos que sean aplicables.

4) Cada proveedor o contratista presentará una sola cotización y no podrá modificarla. La entidad adjudicadora no entablará negociación alguna con un proveedor o contratista respecto de la cotización que haya presentado.

5) El contrato será adjudicado al proveedor o contratista que presente la cotización más baja que satisfaga las necesidades de la entidad adjudicadora[40].

---

[38] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo, que se basa en el texto de los artículos 21 y 50 de la Ley Modelo de 1994, en su forma revisada en dicho período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 202 a 208).

[39] Los términos "bienes o servicios" que figuran en el presente párrafo son descriptivos. Los términos anteriores "siguiendo las especificaciones o requisitos" se han sustituido para velar por la coherencia con los proyectos de artículos 2 y 11 revisados (y el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el alcance de las remisiones internas a los términos incluidos en el proyecto de texto revisado).

[40] Véase también el proyecto de artículo 12 revisado en lo que respecta a la terminología para determinar la cotización que dará lugar a la adjudicación del contrato.

[CAPÍTULO IV. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA LICITACIÓN EN DOS ETAPAS, LA SOLICITUD DE PROPUESTAS Y LA NEGOCIACIÓN COMPETITIVA[41, 42]

Artículo 37. Condiciones para la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas o la negociación competitiva[43]

1) La entidad adjudicadora podrá [(, con la aprobación de ... (el Estado promulgante designará el órgano competente),)] [44] recurrir a la contratación mediante una licitación en dos etapas, una solicitud de propuestas o una negociación competitiva en las siguientes circunstancias:

a) Cuando la entidad adjudicadora no esté en condiciones de formular especificaciones detalladas del objeto del contrato adjudicable, o de determinar sus características de conformidad con el artículo [11] y, con miras a llegar a la solución que mejor atienda sus necesidades:

i) Solicite ofertas o propuestas acerca de diversas posibilidades de atender esas necesidades; y[45]

ii) Considere necesario, en razón de la índole técnica o la naturaleza del objeto del contrato adjudicable, negociar con los proveedores o contratistas;

b) Cuando la entidad adjudicadora desee firmar un contrato para fines de investigación, experimentación, estudio o desarrollo, salvo que en el contrato se haya previsto la producción de bienes en cantidad suficiente para asegurar su viabilidad comercial o para amortizar los gastos de investigación y desarrollo;

---

[41] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aplazó el examen de este capítulo en su totalidad (A/CN.9/668, párr. 212). Una delegación convino en presentar un documento de sesión en el que se propone una versión revisada del capítulo IV. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la propuesta de capítulo IV en la forma en que figuraría en dicho documento de sesión.

[42] Sin perjuicio de lo dispuesto en la propuesta de capítulo IV que será presentada por una delegación en un documento de sesión, en el presente documento se consolidan las disposiciones pertinentes de la Ley Modelo de 1994 con las modificaciones introducidas teniendo en cuenta las revisiones acordadas hasta el momento del texto de 1994. Además, en su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo tuvo ante sí la propuesta de artículos consolidados sobre la negociación competitiva y la solicitud de propuestas (A/CN.9/668, párr. 210 y 211). El examen de esa propuesta se aplazó en dicho período de sesiones (*ibid*., párr. 212). Esa propuesta también figura en el presente capítulo, además de las enmiendas propuestas por la Secretaría en las notas de pie de página.

[43] Basado en el artículo 19 de la Ley Modelo de 1994, habiéndose introducido las modificaciones derivadas de la revisión propuesta de la Ley Modelo y suprimido las definiciones de "bienes, obras o servicios".

[44] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si esta expresión debe mantenerse, teniendo en cuenta las decisiones que adoptó durante el 15º período de sesiones a fin de eliminar el requisito de la aprobación por una autoridad superior en otros casos similares. El Grupo de Trabajo decidió en ese período de sesiones que examinaría si ese requisito debe imponerse en función de cada caso (A/CN.9/668, párr. 122).

[45] "Y" sustituye a "o".

c) Cuando la contratación tenga lugar por motivos de defensa o seguridad nacionales, si la entidad adjudicadora determina que el método seleccionado es el más apropiado para la contratación[46]; o

d) Cuando, habiéndose publicado una convocatoria a licitación, no se hayan presentado ofertas o la entidad adjudicadora haya rechazado todas las ofertas de conformidad con el artículo [16 y el párrafo 3) del artículo 32] y no sea probable, a juicio de esta, que una nueva convocatoria a licitación permita adjudicar un contrato[47].

2) La entidad adjudicadora podrá también [(, con la aprobación de ... (el Estado promulgante designará el órgano competente),)] [48] recurrir a la contratación mediante una negociación competitiva cuando la necesidad del objeto del contrato adjudicable sea tan urgente que resulte inviable entablar un proceso de licitación o utilizar otros métodos de contratación debido al tiempo que se necesita para ello, siempre que las circunstancias que hayan dado lugar a la urgencia no sean previsibles ni obedezcan a una conducta dilatoria de su parte[49].

Artículo 38. Licitación en dos etapas[50]

1) Las disposiciones del capítulo II de la presente Ley serán aplicables a la licitación en dos etapas, salvo que se disponga otra cosa en el presente artículo.

2) En el pliego de condiciones se invitará a los proveedores o contratistas a que presenten, en la primera etapa del procedimiento, sus ofertas iniciales, en las que figurarán sus propuestas pero no el precio. En el pliego de condiciones se podrán solicitar propuestas relativas a las características técnicas, de calidad o de otra índole del objeto del contrato adjudicable, así como una indicación de las cláusulas y condiciones del contrato y, cuando corresponda, de la competencia y las calificaciones profesionales y técnicas de los proveedores y contratistas.

3) La entidad adjudicadora podrá, en la primera etapa, entablar negociaciones sobre cualquier aspecto de la oferta con cualquiera de los proveedores o contratistas cuya oferta no haya sido rechazada con arreglo al artículo [16 y al párrafo 3) del artículo 32].

---

[46] Modificado teniendo en cuenta la ampliación del ámbito de la Ley Modelo y habida cuenta de las revisiones que se acordó llevar a cabo en las disposiciones similares que figuran en el inciso iv) del apartado a) del párrafo 7) del artículo 7, en el contexto de la contratación con un solo proveedor o contratista (A/CN.9/668, párr. 59).

[47] Modificado teniendo en cuenta la propuesta de ampliación del artículo 1.

[48] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si esta expresión debe mantenerse, teniendo en cuenta las decisiones que adoptó durante el 15º período de sesiones a fin de eliminar el requisito de la aprobación por una autoridad superior en otros casos similares. El Grupo de Trabajo decidió en ese período de sesiones que examinaría si ese requisito debe imponerse en función de cada caso (A/CN.9/668, párr. 122).

[49] Basado en el párrafo 2) del artículo 19 de la Ley Modelo de 1994, que se modificó teniendo en cuenta las revisiones que se acordó llevar a cabo durante el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo en las disposiciones similares que figuran en el inciso ii) del apartado a) del párrafo 7) del artículo 7, en el contexto de la contratación con un solo proveedor o contratista (A/CN.9/668, párr. 56).

[50] Basado en el artículo 46 de la Ley Modelo de 1994.

4) En la segunda etapa, la entidad adjudicadora convocará a los proveedores o contratistas cuyas ofertas no hayan sido rechazadas a que presenten ofertas definitivas, con su precio, respecto de un conjunto único de descripciones del objeto del contrato adjudicable[51]. Al formular esas descripciones[52], la entidad adjudicadora podrá suprimir o modificar cualquier aspecto inicialmente enunciado en el pliego de condiciones de las características técnicas o de calidad del objeto del contrato adjudicable, así como cualquier criterio en él enunciado para la evaluación y comparación de las ofertas y para la determinación de la oferta ganadora, y podrá enunciar nuevas características o criterios que sean conformes con la presente Ley. Las supresiones, modificaciones o adiciones serán comunicadas a los proveedores o contratistas en la convocatoria para presentar la oferta definitiva. El proveedor o contratista que no desee presentar una oferta definitiva podrá retirarse del proceso de licitación sin perder la garantía de la oferta que haya tenido que depositar. Las ofertas definitivas serán evaluadas y comparadas a fin de determinar la oferta ganadora conforme [al apartado b) del párrafo 4) del artículo 32][53].

Artículo 39. Solicitud de propuestas[54]

1) La entidad adjudicadora solicitará propuestas al mayor número de proveedores o contratistas, pero, de ser posible, a un mínimo de tres[55].

2) La entidad adjudicadora publicará en un periódico de gran difusión internacional o en una publicación profesional o revista técnica sobre la materia de gran difusión internacional un anuncio para quienes tengan interés en presentar propuestas, salvo que por razones de [economía y eficiencia] [economía o eficiencia] [eficiencia económica][56] no considere conveniente hacerlo; ese anuncio no conferirá derecho alguno a los proveedores o contratistas, ni siquiera el derecho a que su propuesta sea evaluada[57].

---

[51] El término "especificaciones" ha sido sustituido por la frase "descripciones del objeto del contrato adjudicable", teniendo en cuenta la nueva definición propuesta del artículo 2.

[52] *Ibid.*

[53] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la Ley Modelo debe establecer otro tipo de procedimientos en dos etapas para solicitar propuestas previstos en los instrumentos sobre PIFP que se asemejen a la licitación en dos etapas, salvo que i) no se exija la exclusión del precio en las propuestas iniciales y ii) se permita celebrar negociaciones con posterioridad a la presentación de las propuestas respecto del pliego de condiciones único y definitivo (véanse A/CN.9/WG.I/WP.66, párr. 22 c) y las disposiciones legislativas modelo sobre PIFP 10 a 17).

[54] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de revisar el presente artículo incorporando las disposiciones de los artículos 43, 44 y 48 de la Ley Modelo de 1994 de conformidad con las disposiciones pertinentes de los instrumentos sobre PIFP.

[55] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la yuxtaposición entre este y el siguiente artículo, y si debe revisarse el orden de los artículos.

[56] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar cuál de los tres términos que figuran entre corchetes debería mantenerse en las disposiciones, teniendo en cuenta la propuesta de artículo 7 3) (en la que se emplea el término "eficiencia económica") y del texto de la Ley Modelo (que no es coherente en la utilización de los otros dos términos) (véanse los artículos 20 y 48 2)).

[57] Se invita al Grupo de Trabajo a que considere los efectos de esta última cláusula teniendo en cuenta la supresión de las excepciones a las vías de recurso. Una de las excepciones, la prevista en el apartado e) del párrafo 2) del artículo 52 de la Ley Modelo de 1994, es la que se refiere a la negativa de la entidad adjudicadora a responder a una manifestación de interés por participar

3) La solicitud de propuestas contendrá, por lo menos, los siguientes datos:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) La descripción de los bienes, obras o servicios que sean objeto de la contratación de conformidad con el artículo [11], incluidos los parámetros técnicos y de otra índole a que habrá de ajustarse la propuesta, así como, en el caso de las obras, el lugar de estas y, en el caso de los servicios, el lugar donde hayan de prestarse[58];

c) La información relativa a los criterios de evaluación, el procedimiento de evaluación y la evaluación de la conformidad de las propuestas, como se describe en el artículo [12 4) a)][59]; y

d) La estructura y cualesquiera otras instrucciones, inclusive plazos, que se refieran a la propuesta.

4) Las modificaciones o aclaraciones de la solicitud de propuestas, incluida la modificación de los criterios para evaluarlas, como se describe en la solicitud de propuestas de conformidad con el párrafo 3) del presente artículo, serán comunicadas a todos los proveedores o contratistas concurrentes.

5) La entidad adjudicadora [podrá entablar] [entablará][60] negociaciones con los proveedores o contratistas respecto de sus propuestas y podrá pedir o autorizar que las revisen, siempre que se cumplan las condiciones del artículo 21 de la presente Ley y se dé oportunidad de participar en las negociaciones a todos los proveedores o contratistas que presentaron propuestas que no hayan sido rechazadas[61].

6) Una vez concluidas las negociaciones, la entidad adjudicadora invitará a todos los proveedores o contratistas que sigan participando en el proceso de contratación a que presenten, en una fecha determinada, su mejor oferta definitiva respecto de cada elemento de su propuesta.

7) La entidad adjudicadora aplicará el siguiente procedimiento para la evaluación de las propuestas:

a) Solo se tendrán en cuenta los criterios indicados en la solicitud de propuestas[62];

b) La eficacia de una propuesta para atender las necesidades de la entidad adjudicadora se evaluará por separado, al margen del precio;

---

en un proceso de solicitud de propuestas de conformidad con el párrafo 2) del artículo 48. La intención de los redactores de la Ley Modelo de 1994 era excluir explícitamente esta situación de las vías de recurso y la exigencia de responsabilidades a la entidad adjudicadora. Cabe hacer unas observaciones similares con respecto a las variantes 1 y 2 del párrafo 3) del nuevo artículo 34 propuesto (véase *supra*).

[58] Modificado teniendo en cuenta el nuevo artículo 11 propuesto.

[59] Modificado teniendo en cuenta el nuevo artículo 12 propuesto.

[60] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la palabra “may”, que figura en el texto original en inglés, es adecuada en este contexto (el texto de la Ley Modelo de 1994).

[61] Basado en el párrafo 7) del artículo 48, en su forma modificada, teniendo en cuenta el nuevo artículo 21 propuesto.

[62] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la manera en que las disposiciones del artículo 12 propuesto deben aplicarse en el contexto de la contratación negociada.

c) La entidad adjudicadora no estudiará el precio de una propuesta hasta haber concluido su evaluación técnica.

8) La propuesta ganadora será la que mejor satisfaga las necesidades de la entidad adjudicadora, que se determinará en función de los criterios para la evaluación de las propuestas que se enuncien en la solicitud y sobre la base de su ponderación relativa y de la forma de aplicarlos, también enunciadas en la solicitud[63, 64].

Artículo 40. Negociación competitiva[65]

1) Cuando la adjudicación se haya de hacer mediante negociación competitiva, la entidad adjudicadora entablará negociaciones con un número suficiente de proveedores o contratistas para asegurar una competencia efectiva.

2) Los requisitos, las directrices, los documentos, las aclaraciones u otros datos relativos a las negociaciones que la entidad adjudicadora comunique a un proveedor o contratista serán comunicados igualmente a los demás proveedores o contratistas que estén negociando con la entidad adjudicadora.

3) Una vez concluidas las negociaciones, la entidad adjudicadora invitará a los proveedores o contratistas que sigan participando en el proceso de contratación a que presenten, en una fecha determinada, su mejor oferta definitiva respecto de cada elemento de su propuesta.

4) La oferta ganadora será la que mejor satisfaga las necesidades de la entidad adjudicadora[66].

---

[63] Revisado teniendo en cuenta el nuevo artículo 19 propuesto.

[64] Los procedimientos descritos en los párrafos 5) a 8) del presente artículo, que se basan en los párrafos 7) a 10) del artículo 48 de la Ley Modelo de 1994, se asemejan a los procedimientos del proceso de selección con negociaciones simultáneas previstos en el artículo 43 de la Ley Modelo de 1994. Habida cuenta de que en el capítulo IV de la Ley Modelo de 1994 se establece además un proceso de selección con negociaciones consecutivas (artículo 44), el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de ampliar las disposiciones en materia de negociación en este artículo revisado mediante el establecimiento de dos tipos de negociaciones en el contexto de la solicitud de propuestas. El Grupo de Trabajo tal vez desee leer el proyecto de artículo revisado en relación con los artículos 43 y 44 del texto de 1994.

[65] Basado en el artículo 49 de la Ley Modelo de 1994.

[66] Se añadió una definición de la propuesta ganadora a los efectos de la propuesta de modificación del artículo 19 y la propuesta de nueva definición pertinente para el artículo 2. No obstante, véase la propuesta de modificación del artículo 12 y sus observaciones.

A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.4 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 16º período de sesiones

ADICIÓN

En la presente nota se expone una propuesta de artículo refundido sobre la solicitud de propuestas y la negociación competitiva, que el Grupo de Trabajo tuvo ante sí, pero no examinó en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 210 a 212), para modificar las disposiciones de la Ley Modelo de 1994 sobre los procedimientos para la solicitud de propuestas y la negociación competitiva. Asimismo, la presente nota contiene disposiciones para el capítulo V (Condiciones y procedimientos para la utilización de la subasta electrónica inversa) y el capítulo VI (Procedimientos para los acuerdos marco)[1].

Se señala a la atención del Grupo de Trabajo los proyectos de artículos 48 y 50, cuyo examen fue aplazado por el Grupo hasta una etapa posterior.

En las notas de pie de página que se adjuntan al texto se han hecho constar las observaciones de la Secretaría.

---

[1] En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en examinar las propuestas de redacción para el capítulo relativo a los procedimientos para los acuerdos marco que permitirían celebrar negociaciones en el contexto de dichos acuerdos. Se convino en que se llevara a cabo conjuntamente la redacción de las disposiciones pertinentes y la redacción de un capítulo IV revisado (A/CN.9/668, párr. 224).

CAPÍTULO IV. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA LICITACIÓN EN DOS ETAPAS, LA SOLICITUD DE PROPUESTAS Y LA NEGOCIACIÓN COMPETITIVA
(*continuación*)

[Artículo [39]. Negociación competitiva[2]

1) Cuando la adjudicación se haya de hacer mediante negociación competitiva, la entidad adjudicadora entablará negociaciones con un número suficiente de proveedores o contratistas para asegurar una competencia efectiva.

2) La entidad adjudicadora solicitará propuestas del mayor número de proveedores o contratistas pero, de ser posible, de un mínimo de tres.

3) La entidad adjudicadora publicará en un periódico de gran difusión internacional, o en una publicación profesional o revista técnica sobre la materia que tenga una gran difusión internacional, un anuncio destinado a quienes tengan interés en presentar propuestas, salvo que por razones de [economía y eficiencia] [economía o eficiencia] [eficiencia económica][3] no considere conveniente hacerlo; ese anuncio no conferirá derecho alguno a los proveedores o contratistas, ni siquiera el derecho a que su propuesta sea evaluada.

4) La entidad adjudicadora establecerá los criterios que habrán de tenerse en cuenta para evaluar las propuestas y determinará la ponderación relativa que se asignará a cada uno de ellos y la manera en que serán aplicados. Estos criterios serán:

a) La competencia relativa, tanto técnica como de gestión, del proveedor o contratista;

b) El hecho de que la propuesta presentada por el proveedor o contratista sirva para atender las necesidades de la entidad adjudicadora; y

---

[2] El Grupo de Trabajo tuvo ante sí esta propuesta de artículo en su 15º período de sesiones. Dicho Grupo refundió los artículos sobre la solicitud de propuestas y la negociación competitiva (artículos 48 y 49 de la Ley Modelo de 1994) sobre la base de que las solicitudes de propuestas correspondían normalmente al tipo de contratación utilizado para entablar negociaciones competitivas (A/CN.9/668, párr. 211). El Grupo de Trabajo decidió aplazar hasta una etapa ulterior el examen de la propuesta de artículo y de otras disposiciones del Capítulo IV (A/CN.9/668, párr. 212). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si la fusión de estos dos artículos eliminaría el considerable grado de flexibilidad que prevé actualmente el artículo relativo a la negociación competitiva (artículo 49 de la Ley Modelo de 1994). El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar si las disposiciones del artículo 44 de la Ley Modelo de 1994 sobre el procedimiento de selección con negociaciones consecutivas debería incorporarse a la Ley Modelo revisada y, si es así, de qué manera. La propuesta de artículo refundido incorpora solo el procedimiento de selección con negociaciones simultáneas.

[3] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar cuál de los tres términos que figuran entre corchetes debería mantenerse en las disposiciones, teniendo en cuenta la propuesta de artículo 7 3) (en la que se emplea el término “eficiencia económica”) y del texto de la Ley Modelo (que no es coherente en la utilización de los otros dos términos) (véanse los artículos 20 y 48 2)).

c) El precio indicado por el proveedor o contratista en la propuesta y el costo del funcionamiento, el mantenimiento y la reparación de los bienes o las obras objeto de la propuesta[4].

5) La solicitud de propuestas contendrá, por lo menos, los siguientes datos:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) Una descripción de la necesidad a que obedezca la solicitud, inclusive los parámetros técnicos y de otra índole a que habrá de ajustarse la propuesta, así como, en el caso de las obras, el lugar de estas y, en el caso de los servicios, el lugar donde hayan de prestarse[5];

c) Los criterios que se han de tener en cuenta para evaluar la propuesta, de ser posible expresados en dinero, la ponderación relativa que se asignará a cada uno de ellos y la manera en que serán aplicados[6]; y

d) La estructura y cualesquiera otras instrucciones, inclusive plazos, que se refieran a la propuesta.

6) Las modificaciones o aclaraciones de la solicitud de propuestas, incluida la modificación de los criterios para evaluarlas a que se hace referencia en el párrafo 3) del presente artículo, serán comunicadas a todos los proveedores o contratistas concurrentes.

7) La entidad adjudicadora procederá de manera tal que no se revele el contenido de las propuestas a los proveedores o contratistas concurrentes[7].

8) La entidad adjudicadora [podrá] entablar [entablará][8] negociaciones con los proveedores o contratistas respecto de sus propuestas y podrá pedir o autorizar que las revisen siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Las negociaciones entre la entidad adjudicadora y cada proveedor o contratista tendrán carácter confidencial[9];

b) A reserva de lo dispuesto en el artículo [22], ninguna de las partes en las negociaciones podrá revelar a nadie, sin el consentimiento de la otra parte, datos

---

[4] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que las disposiciones del presente párrafo repiten el artículo 12 y, por lo tanto, deberían suprimirse.

[5] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de modificar este apartado teniendo en cuenta la nueva definición de "descripción" del artículo 2, la propuesta de artículo 11 y las modificaciones introducidas en las disposiciones similares que figuran en el contexto del procedimiento de licitación (artículo 27 d)).

[6] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si este apartado debería modificarse para ajustarse a la propuesta de artículo 12 y a las modificaciones introducidas en las disposiciones similares que figuran en el contexto del procedimiento de licitación (artículo 27 e)).

[7] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que las disposiciones del presente párrafo repiten la propuesta de artículo 21 y, por lo tanto, deberían suprimirse.

[8] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que, teniendo en cuenta el párrafo 1) de esta propuesta de artículo, debería utilizarse el término "shall" en la versión original en inglés, y no el término "may" propuesto.

[9] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que las disposiciones del presente párrafo repiten la propuesta de artículo 21 y, por lo tanto, son innecesarias.

técnicos, de precios u otros datos relacionados con el mercado que guarden relación con las negociaciones[10];

c) Se dará oportunidad de participar en las negociaciones a todos los proveedores o contratistas que presentaron propuestas que no hayan sido rechazadas.

9) Los requisitos, las directrices, los documentos, las aclaraciones u otros datos relativos a las negociaciones que la entidad adjudicadora comunique a un proveedor o contratista serán comunicados igualmente a los demás proveedores o contratistas que estén negociando con la entidad adjudicadora.

10) Las negociaciones entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista tendrán carácter confidencial y, a reserva de lo dispuesto en el artículo [22], ninguna de las partes en ellas revelará a nadie, sin el consentimiento de la otra parte, datos técnicos, de precios u otros datos relacionados con el mercado que guarden relación con las negociaciones[11].

11) Una vez concluidas las negociaciones, la entidad adjudicadora invitará a los proveedores o contratistas que sigan participando en el proceso de contratación a que presenten, para una fecha determinada, su mejor oferta definitiva respecto de cada elemento de su propuesta. La entidad adjudicadora determinará la oferta ganadora basándose en las mejores ofertas definitivas que se hayan presentado[12].

12) La entidad adjudicadora aplicará el siguiente procedimiento para la evaluación de las propuestas:

a) Solo se tendrán en cuenta los criterios enumerados en el párrafo 3) del presente artículo, en la forma indicada en la solicitud de propuestas;

b) La eficacia de una propuesta para atender las necesidades de la entidad adjudicadora se evaluará por separado, al margen del precio ofrecido;

c) La entidad adjudicadora no estudiará el precio de una propuesta hasta haber concluido su evaluación técnica.

13) El contrato será adjudicado al proveedor o contratista cuya propuesta atienda mejor las necesidades de la entidad adjudicadora; esta decisión se adoptará en función de los criterios para la evaluación de las propuestas que se enuncien en la solicitud y sobre la base de su ponderación relativa y de la forma de aplicarlos, también enunciadas en la solicitud[13].]

---

[10] *Ibid*.

[11] *Ibid*. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que estas disposiciones ya se han regulado en el párrafo 8).

[12] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si la segunda oración del presente párrafo coincide con la propuesta de párrafo 13 del presente artículo y, por lo tanto, podría suprimirse.

[13] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si este párrafo debería ajustarse a las propuestas de artículos 12 y 19, y si dicho párrafo aplica con exactitud la definición de la oferta ganadora que figura en el artículo 2.

CAPÍTULO V. [CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA UTILIZACIÓN DE] LA SUBASTA ELECTRÓNICA INVERSA

Artículo 41. Condiciones para la utilización de la subasta electrónica inversa[14]

1) Una entidad adjudicadora podrá entablar un procedimiento de contratación pública recurriendo a una subasta electrónica inversa, o podrá utilizar la subasta electrónica inversa para determinar cuál es la oferta ganadora si se recurre a otros métodos de contratación, según proceda, de conformidad con las disposiciones del presente capítulo y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

a) Cuando sea posible para la entidad adjudicadora formular descripciones detalladas y precisas del objeto del contrato adjudicable;

b) Cuando exista un mercado competitivo de proveedores o contratistas que se prevea estarán cualificados para participar en la subasta electrónica inversa, de modo que se garantice una competencia efectiva; y

c) Cuando los criterios que vaya a utilizar la entidad adjudicadora para determinar cuál es la oferta ganadora sean cuantificables y puedan expresarse en términos monetarios.

2) La subasta electrónica inversa se basará:

a) Cuando el contrato público se adjudique a la oferta que comporte el precio más bajo, en los precios; o

b) Cuando el contrato público se adjudique a la oferta cuya evaluación resulte ser la más baja, en el precio y en los demás criterios que utilice la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora, que se habrán fijado de conformidad con el artículo [12] y se habrán dado a conocer en el anuncio de la subasta electrónica inversa.

3) Cuando el contrato público se adjudique a la oferta cuya evaluación resulte ser la más baja, la subasta electrónica inversa irá precedida por una evaluación completa de la conformidad y por una evaluación de las ofertas iniciales de conformidad con los criterios que habrá de utilizar la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora y el peso relativo de tales criterios, especificados de conformidad con el artículo [12] y dados a conocer en el anuncio de la subasta electrónica inversa. La invitación a participar en la subasta electrónica inversa irá acompañada del resultado de la evaluación completa de la conformidad y de la evaluación de las ofertas iniciales de conformidad con las disposiciones del [párrafo 4) del artículo 44].

---

[14] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este artículo en su forma revisada en dicho período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 216).

Artículo 42. Procedimientos para solicitar la participación en un proceso de contratación en el que se recurra a una subasta electrónica inversa[15]

1) Cuando se vaya a utilizar como método [autónomo] de contratación una subasta electrónica inversa, la entidad adjudicadora publicará un anuncio de la subasta electrónica inversa de conformidad con los procedimientos previstos en el artículo [24] de la presente Ley.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1) del presente artículo, cuando el proceso de adjudicación esté limitado a proveedores o contratistas nacionales únicamente, de conformidad con las disposiciones de los [incisos i) y ii) del apartado c) del párrafo 6) del artículo 7] de la presente Ley, la entidad adjudicadora no estará obligada a respetar los procedimientos establecidos en el apartado c) del párrafo 1) del artículo 14, el párrafo 2) del artículo 24, [los apartados h) e i) del artículo 25 y los apartados j), k) y s) del artículo 27] de la presente Ley[16].

3) Cuando se vaya a utilizar una subasta electrónica inversa en el marco de otro método de contratación pública previsto en la presente Ley, la entidad adjudicadora notificará a los proveedores y contratistas, cuando les solicite por primera vez su participación en el proceso de contratación, según proceda, que se celebrará una subasta electrónica inversa[17].

Artículo 43. Contenido del anuncio de la subasta electrónica inversa[18]

1) El anuncio de la subasta electrónica inversa incluirá, como mínimo [y además de otros datos necesarios para el método de contratación correspondiente], lo siguiente:

a) Cuando se vaya a utilizar como método [autónomo] de contratación una subasta, la información indicada en [los apartados a), d) y e) del artículo 25 y los apartados d), f), h) a j) y t) a y) del artículo 27;]

b) Los criterios que vaya a utilizar la entidad adjudicadora para determinar la oferta ganadora, indicándose en particular todo criterio distinto del precio, sus

---

[15] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 222).

[16] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procedería formular una declaración explícita de las disposiciones de la Ley Modelo que se aplicaran a las subastas como método de contratación autónomo, además de los de aplicación general (en los capítulos I y VII). Otras disposiciones, como las mencionadas en el apartado a) del párrafo 1) del artículo 43, se aplican expresamente en el presente artículo, pero el Grupo de Trabajo tal vez considere que puede haber cierta incertidumbre en cuanto a la medida en que se aplican, por ejemplo, las disposiciones pertinentes de los capítulos II y III. Véase, por ejemplo, la nota 20 *infra*.

[17] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si es necesaria una declaración expresa en la que conste que la presente notificación constituye el aviso de una subasta electrónica inversa a los efectos del siguiente artículo.

[18] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 222).

respectivos coeficientes de ponderación y la fórmula matemática aplicable en el proceso de evaluación, así como todo criterio que no sea modificable en el curso de la subasta[19];

c) La vía de acceso a la subasta electrónica inversa, informándose sobre el equipo electrónico que se vaya a utilizar y las especificaciones técnicas para efectuar la conexión;

d) La modalidad y, de estar ya fijado, el plazo de inscripción para participar en la subasta;

e) Los criterios por los que se regirá la clausura de la subasta y, de conocerse ya, la fecha y la hora de su apertura;

f) Si la subasta se desarrollará en una sola o en varias etapas (, en cuyo caso se indicará el número de etapas y su duración prevista); y

g) El reglamento aplicable a la subasta electrónica inversa, así como la información que se facilitará a los concursantes en el curso de la subasta y las condiciones para la presentación de ofertas.

2) Cuando se vaya a utilizar como método [autónomo] de contratación una subasta, la entidad adjudicadora podrá fijar el número mínimo y/o un máximo de proveedores o contratistas que se invitará a participar en la subasta a condición de que obre en el convencimiento de que al imponer dicho límite está propiciando una competencia efectiva y la equidad en el trato de los concursantes. De obrarse así, el anuncio de la subasta electrónica inversa deberá indicar el límite impuesto y, si se trata de un máximo, los criterios y el procedimiento que se seguirán para seleccionar a los proveedores o contratistas invitados a participar[20].

3) La entidad adjudicadora podrá decidir que la subasta electrónica inversa vaya precedida por la precalificación de los concurrentes [de conformidad con el artículo [15]]. En tal caso, el anuncio de la subasta electrónica inversa contendrá la convocatoria a precalificación [y facilitará la información indicada en el [párrafo 3) del artículo 15]][21].

4) La entidad adjudicadora podrá decidir que la subasta electrónica inversa vaya precedida por una evaluación de la conformidad de las ofertas. En tal caso, el anuncio de la subasta electrónica inversa contendrá una invitación a presentar ofertas iniciales y facilitará la información indicada en los [apartados f) a j) del artículo 25 y los apartados a), k) a s) y z) del artículo 27], así como sobre los procedimientos que se utilizarán para dicha evaluación.

5) Cuando se requieran una evaluación completa de las ofertas iniciales y una evaluación de la conformidad, en virtud de lo previsto en el [párrafo 3) del

---

[19] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si una remisión interna expresa a la propuesta de artículo 12 y el establecimiento de una fórmula matemática podrían ser preferibles a la formulación actual, a fin de evitar cualquier percepción de la diferencia o incompatibilidad entre la presente disposición y la propuesta de artículo 12.

[20] El Grupo de Trabajo tal vez desee garantizar la coherencia entre la presente disposición y las disposiciones relativas a la limitación del número de proveedores de la propuesta de artículo 34.

[21] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si las disposiciones de la totalidad de la propuesta de artículo 15 (Precalificación) deberían aplicarse mediante remisión interna, o si la remisión interna más limitada al párrafo 3) del artículo 15 podría considerarse suficiente.

artículo 41,] el anuncio de la subasta electrónica inversa contendrá una invitación a presentar ofertas iniciales y facilitará la información indicada en [los apartados f) a j) del artículo 25 y los apartados a), k) a s) y z) del artículo 27], así como sobre los procedimientos que se utilizarán para dicha evaluación.

Artículo 44. Invitación a participar en la subasta electrónica inversa[22]

1) A reserva de lo dispuesto en los párrafos 2) a 4) del presente artículo, el anuncio de una subasta electrónica inversa constituirá una invitación a participar en ella, por lo que deberá informar plenamente al respecto, facilitando, en particular, los datos indicados en el párrafo 5) del presente artículo.

2) Si se ha impuesto un límite al número de proveedores o contratistas que podrán ser invitados a participar en la subasta, conforme a lo previsto en el [párrafo 2) del artículo 43,] la entidad adjudicadora deberá enviar una invitación simultánea e individual a cada proveedor o contratista que haya sido seleccionado en el marco del límite fijado y de conformidad con los criterios y procedimientos indicados en el anuncio de la subasta electrónica inversa[23].

3) Cuando la subasta vaya precedida por la precalificación de los proveedores o contratistas, conforme a lo previsto en [el artículo 15 y en el párrafo 3) del artículo 43,] la entidad adjudicadora deberá:

a) Notificar sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas interesados si han sido precalificados o no, y comunicar también sin demora los fundamentos de su decisión a los proveedores o contratistas que no hayan sido precalificados y que lo soliciten[24];

b) Enviar una invitación simultánea e individual a cada proveedor o contratista que haya sido precalificado de conformidad con lo previsto en el artículo [15] de la presente Ley.

4) Cuando la subasta vaya precedida por una evaluación de la conformidad o por una evaluación completa de las ofertas iniciales [, con arreglo a lo previsto en los artículos [[11], [12], 26, 28 a 30, el párrafo 1) del artículo 31, los párrafos 1) y 2) del artículo 32 y los párrafos 4) y 5) del artículo 43,]] la entidad adjudicadora deberá:

---

[22] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este artículo sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 222).

[23] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se debería explicar en el texto de la Guía que, si el número de participantes es inferior al número máximo permitido, todos deben ser invitados a participar.

[24] Disposición adicional para garantizar la coherencia con la propuesta de artículo 15. Como se señaló en la nota 21 *supra*, el Grupo de Trabajo tal vez desee aplicar las disposiciones de la totalidad del artículo 15 a este procedimiento, en cuyo caso ya no sería necesaria la presente disposición adicional. El Grupo de Trabajo tal vez desee explicar en la Guía que el aviso en el que conste la precalificación del proveedor puede incluirse en la invitación a participar en la subasta (y, de manera similar, en lo que respecta a toda evaluación de la conformidad y a los resultados de las evaluaciones completas).

a) Notificar sin demora a cada uno de los proveedores o contratistas afectados si sus ofertas son conformes. Cuando no sea así, y dichas ofertas sean consiguientemente rechazadas de conformidad con [el párrafo 3) del artículo 32], la entidad adjudicadora comunicará sin demora a los proveedores o contratistas afectados que lo soliciten los fundamentos por los que se estimó que sus ofertas iniciales no eran conformes[25];

b) Enviar una invitación simultánea e individual a cada proveedor o contratista cuya oferta inicial sea conforme. La entidad adjudicadora notificará también a cada uno de los proveedores o contratistas afectados los resultados de la evaluación completa de sus respectivas ofertas iniciales[26].

5) Salvo que figuren ya en el anuncio de la subasta electrónica inversa, en la invitación a participar en la subasta se darán a conocer:

a) El plazo de inscripción de los proveedores y contratistas que hayan sido invitados a participar en la subasta;

b) La fecha y la hora de apertura de la subasta;

c) Las formalidades de inscripción y de identificación que todo concursante ha de cumplir al declararse abierta la subasta;

d) La información que cada concursante requerirá para conectarse al equipo electrónico que se vaya a utilizar; y

e) Cualquier otra información concerniente a la subasta que el proveedor o contratista requiera para participar en ella.

6) La entidad adjudicadora deberá velar por que el número de proveedores o contratistas invitados a participar en la subasta de conformidad con el presente artículo sea suficiente para garantizar una competencia efectiva.

Artículo 45. Inscripción para participar en una subasta electrónica inversa y plazo para la apertura de la subasta[27]

1) La inscripción para participar en la subasta será prontamente confirmada individualmente a cada proveedor o contratista que se inscriba.

2) Si, según el parecer de la entidad adjudicadora, el número de acreedores o contratistas inscritos no es suficiente para asegurar una competencia efectiva, la entidad adjudicadora podrá cancelar la subasta electrónica inversa. La cancelación será pronta e individualmente comunicada a cada proveedor o contratista inscrito.

---

[25] Disposición adicional para garantizar la coherencia con la propuesta de artículo 15. Como se señaló en la nota 21 *supra*, el Grupo de Trabajo tal vez desee aplicar las disposiciones de la totalidad del artículo a este procedimiento, en cuyo caso ya no sería necesaria la presente disposición adicional.

[26] El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar qué orientación debe darse en la Guía al regular el alcance de la información que debe proporcionarse sobre los resultados de la evaluación completa. Véase también la nota 30 *infra*.

[27] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este artículo sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 222).

3) La subasta no comenzará sin que haya transcurrido un plazo adecuado desde la fecha de publicación del anuncio de la subasta electrónica inversa, o, de haberse convocado a los concursantes por invitación, desde la fecha de envío de las invitaciones a todos los proveedores o contratistas interesados. Dicho plazo deberá ser lo bastante largo para dar tiempo a los proveedores o contratistas para prepararse para la subasta, teniendo en cuenta las necesidades razonables de la entidad adjudicadora[28].

Artículo 46. Condiciones exigibles en el curso de la subasta[29]

1) En el curso de una subasta electrónica inversa:

a) Todos los concursantes gozarán por igual de la posibilidad de presentar en cualquier momento sus ofertas;

b) Toda oferta será objeto de una evaluación automática con arreglo a los criterios y otros datos pertinentes que se hayan indicado en el anuncio de la subasta electrónica inversa;

c) Cada concursante recibirá, de modo instantáneo y continuo, información suficiente para poder conocer la posición de su oferta respecto de las demás ofertas[30];

d) No se intercambiará comunicación alguna entre la entidad adjudicadora y los concursantes que no esté prevista en los apartados a) y c) del presente párrafo.

2) En el curso de la subasta, la entidad adjudicadora no dará a conocer la identidad de ninguno de los concursantes.

3) La subasta será clausurada de conformidad con los criterios indicados en el anuncio de la subasta electrónica inversa.

4) La entidad adjudicadora suspenderá o dará por clausurada la subasta electrónica inversa de haber sufrido su sistema de comunicaciones alguna disfunción que comprometa el curso de la subasta o por todo otro motivo previsto en el reglamento de la subasta electrónica inversa. La entidad adjudicadora no dará a conocer la identidad de ninguno de los concursantes, de haber tenido que suspender o declarar clausurada la subasta.

---

[28] La expresión "teniendo en cuenta las necesidades razonables de la entidad adjudicadora" se añadió para garantizar la coherencia con otras disposiciones similares de la Ley Modelo (véanse, por ejemplo, los artículos 15 3) i) y 29 1) del presente proyecto).

[29] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este artículo sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 222).

[30] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este apartado sin modificaciones, pero convino en que en la Guía se pusieran de manifiesto los riesgos de colusión que podrían surgir cuando se proporciona información sobre otras ofertas, y en que se facilitaran ejemplos de prácticas eficaces para mitigarlos.

Artículo 47. Condiciones exigibles después de la subasta[31]

1) La oferta que al clausurarse la subasta tenga el menor precio o la oferta [más baja] [mejor][32] evaluada, según corresponda, será la propuesta ganadora.

2) La entidad adjudicadora, haya o no abierto un proceso de precalificación con arreglo al artículo [15], podrá exigir al concursante que haya presentado la oferta que se ha considerado ganadora al clausurarse la subasta que confirme sus calificaciones con arreglo a los criterios y procedimientos previstos en las disposiciones del artículo [10]. Si el concursante no lo hace, la entidad adjudicadora rechazará la oferta. Salvo que la entidad adjudicadora decida, de conformidad con el [párrafo 1) del artículo 16], rechazar todas las ofertas restantes, seleccionará la oferta que a la clausura de la subasta tenga el siguiente menor precio o esté evaluada como la siguiente [más baja], a condición de que el concursante que la haya presentado pueda confirmar sus calificaciones si se le requiere a hacerlo.

3) De no haberse evaluado la conformidad de las ofertas iniciales con anterioridad a la subasta, la entidad adjudicadora evaluará después de la subasta la conformidad de la oferta que a la clausura de la subasta se haya considerado ganadora. La entidad adjudicadora rechazará la oferta si se considera que no es conforme. Salvo que la autoridad adjudicadora decida rechazar, de conformidad con el [párrafo 1) del artículo 16], todas las ofertas restantes, seleccionará la oferta que a la clausura de la subasta tenga el siguiente menor precio o la siguiente evaluación [más baja], siempre que se considere que la oferta es conforme.

4) La entidad adjudicadora podrá proceder con arreglo a lo previsto en el artículo [17] si la oferta que a la clausura de la subasta se haya considerado ganadora da lugar a algún temor acerca de la aptitud del concursante que la presentó para cumplir el contrato adjudicado. Si la entidad adjudicadora rechaza la oferta por los motivos señalados en el artículo [17], seleccionará la oferta que a la clausura de la subasta tenga el siguiente precio más bajo o la siguiente evaluación [más baja], pero tendrá derecho, de conformidad con el [párrafo 1) del artículo 16], a rechazar todas las ofertas restantes.

---

[31] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este artículo a reserva del estudio, en una etapa ulterior, del empleo de la expresión "la oferta mejor evaluada" en lugar de "la oferta más baja evaluada" (A/CN.9/668, párr. 222). Véase la siguiente nota.

[32] En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió sustituir la expresión "la oferta más baja evaluada" por "la oferta mejor evaluada", dado que en la práctica se aceptaba la mejor oferta o la oferta mejor puntuada, y no la oferta más baja evaluada. Se indicó que la formulación del texto actual de este artículo podría resultar confusa. El Grupo de Trabajo observó que el cambio sugerido sería examinado junto con otras disposiciones de la Ley Modelo. También se señaló que dicha expresión ya se utilizó en el texto de 1994. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de esta cuestión hasta una etapa ulterior (A/CN.9/668, párrs. 220 y 222). Esa misma cuestión se examinó en el contexto de las propuestas de artículos 12 y 32 4) b) ii) del presente proyecto. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo tal vez desee armonizar la utilización de esa expresión y de nociones similares en todo el texto de la Ley Modelo. Véase también el debate conexo en A/CN.9/WG.I/WP.68, sección II.B.1.

CAPÍTULO VI. PROCEDIMIENTOS PARA LOS ACUERDOS MARCO[33]

Artículo 48. Condiciones para la utilización de un procedimiento para acuerdos marco[34]

1) Una entidad adjudicadora podrá concertar un procedimiento de acuerdo marco conforme a lo dispuesto en el presente capítulo cuando determine que:

a) La necesidad de los bienes, obras o servicios objeto de la contratación [se prevé que se presente/se presentará] [reiterada o indefinidamente][35] durante un determinado período de tiempo; o

b) Dada la naturaleza de los bienes, obras o servicios objeto de la contratación, estos puedan requerirse de manera urgente durante un determinado período de tiempo; o

[c) Otros motivos y circunstancias que justifiquen la selección de un procedimiento de acuerdo marco.][36]

2) La entidad adjudicadora consignará en el expediente exigido conforme al artículo [22] de la presente Ley una declaración de los motivos y circunstancias en que se basó para seleccionar un determinado tipo de procedimiento de acuerdo marco[37].

---

[33] En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó la opinión de que podría ser necesario permitir los procedimientos negociados posteriores a la concertación de acuerdos marco. Se sugirió que la redacción de las disposiciones que permiten las negociaciones en el contexto de los acuerdos marco se llevara a cabo junto con la del capítulo IV. El Grupo de Trabajo respaldó estas sugerencias (A/CN.9/668, párr. 224).

[34] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, convino en eliminar del artículo 2 las definiciones que en la nota de la Secretaría se propuso incluir en el presente artículo (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4) (A/CN.9/668, párrs. 229 y 273 f)). El Grupo de Trabajo aplazó hasta una etapa ulterior el estudio de otras revisiones propuestas para este proyecto de artículo (A/CN.9/668, párr. 229).

[35] Una de las cuestiones aplazadas por el Grupo de Trabajo era una propuesta presentada durante el 15º período de sesiones de volver a examinar la inclusión y el alcance de las condiciones para la utilización (A/CN.9/668, párrs. 227 a 229). Las alternativas que figuran entre corchetes fueron facilitadas a la Secretaría por los participantes en ese período de sesiones, para su examen ulterior por el Grupo de Trabajo, con la observación de que el término "indefinidamente" indica un momento desconocido y/o cantidades desconocidas.

[36] En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió en cambio que se podría incluir un nuevo apartado c) abierto, que permitiera a la entidad adjudicadora recurrir a los procedimientos de acuerdos marco justificando su decisión en el expediente del proceso de contratación (A/CN.9/668, párr. 228).

[37] En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se sugirió que todas las disposiciones del presente capítulo referidas al expediente del proceso de contratación deben combinarse para su examen en una etapa ulterior (A/CN.9/668, párr. 229). La Secretaría combinó todas las disposiciones posibles del presente párrafo atendiendo al contexto. Se llegó al entendimiento de que su contenido se reflejará también en su día en un artículo relativo al expediente del proceso de contratación (artículo 22 de la propuesta de Ley Modelo revisada). En virtud del entendimiento alcanzado por el Grupo de Trabajo, el estudio de las disposiciones relativas al expediente del proceso de contratación se aplazará hasta que todas las demás cuestiones de

Artículo 49. Información que deberá especificarse cuando se solicite por primera vez la participación en un procedimiento de acuerdo marco[38]

Cuando solicite por vez primera la participación de proveedores o contratistas en un procedimiento de acuerdo marco, la entidad adjudicadora deberá especificar:

a) El nombre y la dirección de la entidad adjudicadora;

b) El hecho de que la contratación se llevará a cabo conforme a un procedimiento de acuerdo marco;

c) El tipo de acuerdo marco que se va a concertar –un acuerdo marco cerrado o abierto; si es cerrado, se especificará si comporta una segunda etapa competitiva o no; y, en el supuesto de que sea cerrado y no comporte una segunda etapa competitiva, si se va a concertar con un proveedor o contratista o con varios[39];

d) Toda la información que, como mínimo, deberá hacerse constar en el acuerdo marco de conformidad con lo dispuesto en los artículos [52] o [54], según el caso;

e) En los acuerdos marco con más de un proveedor o contratista, el número mínimo o máximo de proveedores o contratistas que podrán ser partes en el acuerdo marco;

f) Los procedimientos y criterios que seguirá la entidad adjudicadora al seleccionar las partes en el acuerdo marco; en el caso de los acuerdos marco cerrados, además, los criterios de evaluación, su ponderación relativa y la forma en que se aplicarán en la selección, y si esta se basará en el precio más bajo o en la propuesta que, previa evaluación, resulte [más baja][40];

g) En los procedimientos de acuerdos marco cerrados, la información mencionada en los párrafos e) a j) del artículo 25 y en los párrafos a) a c) y g) a z) del artículo 27, salvo que esa información se determine en una segunda etapa competitiva.

---

fondo pendientes con respecto a la Ley Modelo se hayan resuelto, entre las que también cabe mencionar las disposiciones relativas al expediente recogidas en otro lugar de este capítulo.

[38] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo en su forma revisada en dicho período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 233).

[39] El presente apartado fue revisado a raíz de las modificaciones introducidas en el proyecto de artículo 48, como la supresión de la descripción de varios tipos de acuerdos marco en el artículo que contiene las definiciones (artículo 2 del presente proyecto). A fin de evitar una generalización de las remisiones internas, el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la posibilidad de incluir algunas de las definiciones más exhaustivas (señaladas en las observaciones del artículo 2) en el presente capítulo, dejando las definiciones más generales en el artículo 2.

[40] Véase la nota 27 *supra*.

Artículo 50. Prohibición de enmiendas de fondo durante la vigencia del acuerdo marco[41]

Durante el período de vigencia del acuerdo marco no se permitirá que se introduzca ningún cambio en las condiciones de la contratación, inclusive en la ponderación relativa de los criterios de evaluación, si tales cambios pudieran entrañar una modificación de fondo de la descripción de los bienes, obras o servicios objeto de la contratación; tampoco se permitirán enmiendas de las demás condiciones de la contratación que se hayan fijado al principio al convocar a licitación a proveedores y contratistas en un procedimiento de acuerdo marco conforme al artículo [49].

Artículo 51. [Selección de la parte o las partes en un acuerdo marco cerrado] [Primera etapa de un procedimiento de acuerdo marco cerrado][42]

1) La entidad adjudicadora seleccionará la parte o las partes con las que concertará un acuerdo marco cerrado[43]:

a) Mediante un procedimiento de licitación conforme a lo dispuesto en el capítulo II de la presente Ley, salvo en la medida en que el presente artículo y el artículo [52] se aparten de tales disposiciones; o

b) Mediante un método de contratación previsto en el capítulo III conforme a las condiciones enunciadas en el artículo [7 3)] de la presente Ley y con arreglo a las disposiciones pertinentes del capítulo III, salvo en la medida en que el presente artículo y el artículo [52] se aparten de tales disposiciones;

c) En el caso de un acuerdo marco concertado con un proveedor o contratista utilizando, además de los métodos de contratación especificados en los apartados a) y b) del presente párrafo, la contratación con una sola fuente conforme a las condiciones enunciadas en el artículo [7 7) a) i) y iii) a v)].

2) La entidad adjudicadora consignará en el expediente exigido conforme al artículo 22 de la presente Ley una declaración de los motivos y circunstancias en que se basó para recurrir a cualquier método de contratación, distinto de la licitación, para seleccionar la parte o las partes con las que concertó un acuerdo marco cerrado.

---

[41] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, convino en eliminar la definición de "enmienda de fondo" del artículo 2 que, en la nota de la Secretaría, se propuso incluir en el presente artículo (A/CN.9/WG.I/WP.66/Add.4) (A/CN.9/668, párrs. 235 a 237 y 273 f)). El Grupo de Trabajo aplazó el examen de este proyecto de artículo revisado (A/CN.9/668, párrs. 235 a 237).

[42] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo sin modificaciones (A/CN.9/668, párr. 238). El cambio de título propuesto (la primera variante que figura entre corchetes) obedece a la finalidad de evitar cualquier confusión con la solicitud inicial en virtud de la propuesta de artículo 49 (que sería la primera etapa del procedimiento).

[43] El párrafo 1) del anterior proyecto se suprimió para garantizar la coherencia con las modificaciones introducidas en la propuesta de artículo 48 (supresión de las descripciones del tipo de procedimiento para los acuerdos marco en el artículo 2), y también debido a que la decisión relativa a la selección del tipo de acuerdo marco ya debería haberse adoptado en esta etapa y reflejarse en el pliego de condiciones *supra* (véase la propuesta de artículo 49 c)).

3) La entidad adjudicadora seleccionará a uno o varios proveedores o contratistas con los que concertará el acuerdo marco en función de los criterios de selección especificados, inclusive la ponderación relativa de tales criterios, así como la forma de aplicarlos. La entidad adjudicadora notificará sin demora al proveedor o proveedores o al contratista o contratistas elegidos su selección[44].

Artículo 52. Requisitos mínimos para un acuerdo marco cerrado[45]

1) Se podrán concertar acuerdos marco cerrados entre la entidad adjudicadora y un proveedor o contratista o varios proveedores o contratistas[46].

2) Todo acuerdo marco cerrado se concertará por escrito y en él se enunciarán:

a) La duración del acuerdo marco, que no excederá de [el Estado promulgante especificará un número máximo de] años[47];

b) La descripción de los bienes, obras o servicios que sean objeto de la contratación y de todas las demás condiciones de la contratación que se hayan fijado al celebrarse el acuerdo marco;

c) De ser conocidas, las estimaciones de las condiciones de la contratación que no puedan establecerse con suficiente precisión al concertar el acuerdo marco;

d) Una indicación de si en un acuerdo marco cerrado concertado con más de un proveedor o contratista habrá una segunda etapa competitiva para adjudicar el contrato en virtud del acuerdo marco[48] y, de ser así:

i) Una declaración de las cláusulas y condiciones que habrán de fijarse o concretarse en una segunda etapa competitiva;

---

[44] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si, teniendo en cuenta las rigurosas disposiciones relativas a las vías de recurso, este párrafo debería prever también que se informe a los proveedores o contratistas que no fueron seleccionados. Véase en este contexto el examen pertinente que figura en la nota de la Secretaría A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, sección H.

[45] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo en su forma revisada en dicho período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 245).

[46] Este párrafo fue revisado a raíz de una propuesta del Grupo de Trabajo, formulada en su 15º período de sesiones, para que se eliminara toda referencia a una cifra determinada, dejándose la determinación de la cifra exigible al Estado promulgante (A/CN.9/668, párr. 243).

[47] En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se convino en que el párrafo 5) fuera complementado con disposiciones de la Guía que hicieran ver el riesgo que entrañan los acuerdos marco cerrados de larga duración, teniendo en cuenta su índole potencialmente contraria a la libre competencia (A/CN.9/668, párr. 244).

[48] El preámbulo se ha vuelto a redactar para evitar dar la impresión de que todos los acuerdos con varios proveedores deben tener una segunda etapa competitiva.

ii) El procedimiento para la segunda etapa competitiva y su posible frecuencia[49], así como los plazos previstos para presentar ofertas en la segunda etapa[50];

iii) Una indicación de si la adjudicación del contrato en virtud del acuerdo marco se basará en el criterio del precio más bajo o de la oferta que, previa evaluación, resulte [más económica] [...];

iv) Los procedimientos y criterios de evaluación, inclusive las ponderaciones relativas de esos criterios y la forma en que se aplicarán, de conformidad con el artículo [12] de la presente Ley, durante toda segunda etapa competitiva. En el acuerdo marco podrá especificarse un margen dentro del cual podrán modificarse las ponderaciones relativas de los criterios de evaluación durante la segunda etapa competitiva, siempre y cuando tal variación no entrañe una enmienda de fondo de la contratación descrita en el artículo [50].

3) Todo acuerdo marco cerrado concertado con más de un proveedor o contratista revestirá la forma de un único acuerdo entre todas las partes, a menos que:

a) La entidad adjudicadora estime que, en interés de la propia entidad y de los proveedores o contratistas, sea conveniente celebrar acuerdos separados con cada uno de los proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco; y

b) La entidad adjudicadora consigne en el expediente exigido conforme al artículo [22] una declaración de los motivos y circunstancias en que se basó para concertar acuerdos separados; y

c) Cualquier modificación de las cláusulas y condiciones de los acuerdos separados para una determinada contratación sean de poca entidad y de carácter no fundamental y afecten únicamente a las disposiciones que justifiquen la celebración de acuerdos separados.

4) Si la entidad adjudicadora debe mantener un acuerdo marco cerrado en formato electrónico, en el acuerdo marco se especificará, además de la información requerida en otras disposiciones del presente artículo, toda la información necesaria para que el acuerdo marco electrónico funcione satisfactoriamente, inclusive información sobre cómo puede tenerse acceso al acuerdo marco electrónico y a las

---

[49] En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se convino en que la referencia a la "frecuencia prevista" fuera sustituida por una referencia a la "posible frecuencia" (A/CN.9/668, párr. 240).

[50] En el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresó el parecer de que deberían darse a conocer por adelantado a los proveedores o contratistas los plazos dentro de los cuales habrían de presentar sus ofertas en la segunda parte. Se consideró que esa información era importante para el proveedor o contratista en el momento de decidir si deseaba ser parte en el acuerdo marco. Se sugirió que se examinara esta cuestión en el contexto de la propuesta de artículo 49 g), en la medida en que no se hubiera ya previsto, explicándose en la Guía que esa información tendría valor indicativo, pero sin ser vinculante para la entidad adjudicadora (A/CN.9/668, párr. 248). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar que lo más probable es que ese tipo de información se incluya en la práctica en el propio acuerdo marco y no en el aviso de la convocatoria. Puesto que, de conformidad con la propuesta de artículo 49 d), el contenido mínimo del acuerdo marco se ha de divulgar al inicio del proceso de contratación, el Grupo de Trabajo tal vez desee incluir la información pertinente en el presente inciso, y no en la propuesta de artículo 49 g).

notificaciones de contratos próximamente adjudicables en virtud del acuerdo marco, el equipo electrónico que se utilice y las especificaciones técnicas para la conexión.

Artículo 53. Selección de las partes en un procedimiento para acuerdos marco abiertos[51]

1) La entidad adjudicadora establecerá y mantendrá acuerdos marco abiertos en forma electrónica.

2) Con miras a la elaboración de un acuerdo marco abierto, la entidad adjudicadora publicará un aviso en el que especificará el procedimiento para los acuerdos marco abiertos, de conformidad con el artículo 24. El aviso contendrá la información especificada en el artículo [49].

3) Durante todo el período de vigencia del acuerdo marco abierto, la entidad adjudicadora:

a) Deberá publicar de nuevo, con la mayor frecuencia posible, pero al menos una vez al año, el aviso inicial sobre el procedimiento para los acuerdos marco abiertos, y el aviso de la adjudicación del acuerdo marco, así como una invitación a presentar otras propuestas a fin de pasar a ser parte en el acuerdo marco, en la publicación o publicaciones en que se hizo la solicitud inicial; o

b) Deberá mantener una copia de la información publicada en el sitio de Internet o en otra dirección electrónica indicada en el aviso inicial.

4) Los proveedores y contratistas podrán adherirse al acuerdo marco abierto en cualquier momento de su vigencia presentando sus ofertas a la entidad adjudicadora en cumplimiento de los requisitos del aviso sobre el procedimiento aplicable a los acuerdos marco abiertos.

5) La entidad adjudicadora evaluará todas las propuestas para pasar a ser parte del acuerdo marco que se reciban mientras esté en vigor en un plazo máximo de [...] días, de acuerdo con los procedimientos expuestos en el aviso sobre el procedimiento aplicable a los acuerdos marco abiertos.

6) El acuerdo marco se concertará con todos los proveedores o contratistas, salvo cuando se hayan rechazado sus ofertas de conformidad con el artículo [32 3)] de la presente Ley.

7) La entidad adjudicadora podrá establecer un número máximo de partes en el acuerdo marco debido a limitaciones técnicas u otras limitaciones de capacidad. La entidad adjudicadora facilitará información sobre la imposición de dicho número máximo, y del número máximo de partes cuando se solicite por primera vez la participación en un procedimiento de acuerdo marco, de conformidad con el artículo 49 de la presente Ley. La entidad adjudicadora incluirá una declaración de los motivos y circunstancias en que se basó para imponer ese número máximo en el expediente exigido conforme al artículo [22] de la presente Ley.

---

[51] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo en su forma revisada en dicho período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 250 a 253). Este título refleja las modificaciones propuestas en el título de la propuesta de artículo 51.

8) La entidad adjudicadora notificará sin demora a los proveedores o contratistas si han sido seleccionados para ser partes en el acuerdo marco[52].

Artículo 54. Requisitos mínimos para los acuerdos marco abiertos[53]

1) En los acuerdos marco abiertos se preverá una segunda etapa competitiva para la adjudicación de un contrato en virtud del acuerdo y, además, se especificará en ellos, por lo menos, lo siguiente:

a) La descripción del objeto de la contratación y de todas las demás cláusulas y condiciones de la contratación que se conozcan cuando se formule un acuerdo marco abierto;

b) Toda cláusula o condición que pueda concretarse mediante una segunda etapa competitiva;

c) El idioma o los idiomas en que se redactará el acuerdo marco abierto y toda la información relativa al funcionamiento electrónico del acuerdo, inclusive el modo en que el acuerdo y las notificaciones de contratos próximamente adjudicables en virtud del acuerdo pueden evaluarse, el equipo electrónico utilizado y los arreglos técnicos así como las especificaciones técnicas;

d) En caso de imponerse alguna limitación del número de proveedores o contratistas que puedan ser partes en el acuerdo, una indicación del número máximo de proveedores o contratistas que puedan adherirse al acuerdo marco;

e) Las cláusulas y condiciones aplicables a los proveedores o contratistas que deseen ser partes en el acuerdo marco abierto, inclusive:

i) Una declaración explícita en el sentido de que los proveedores o contratistas deseosos de ser partes en el acuerdo marco puedan solicitarlo en cualquier momento durante el período de vigencia del acuerdo, a reserva de todo eventual límite máximo del número de proveedores;

ii) La información especificada en el artículo 25 e) y en el artículo 27 b), c), t), u), w) y z); y

iii) Instrucciones para la preparación y presentación de ofertas indicativas, inclusive la información mencionada en los párrafos i) a k) del artículo 27;

f) Los procedimientos y la posible frecuencia de las segundas etapas competitivas;

g) Una indicación de si la adjudicación de un contrato conforme al acuerdo marco se basará en el precio más bajo o en la oferta que, previa evaluación, resulte [más económica];

---

[52] El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si, teniendo en cuenta las rigurosas disposiciones relativas a las vías de recurso, este párrafo debería prever también que se informe a los proveedores o contratistas que no fueron seleccionados. Véase en este contexto el examen pertinente que figura en la nota de la Secretaría A/CN.9/WG.I/WP.68/Add.1, sección H.

[53] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, aprobó este proyecto de artículo en su forma revisada en dicho período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 254).

h) Los procedimientos y criterios de evaluación que se aplicarán durante la segunda etapa competitiva, inclusive la ponderación relativa de los criterios de evaluación y la forma en que serán aplicados, de conformidad con el artículo [12] de la presente Ley. El acuerdo marco podrá especificar un margen de variación de las ponderaciones relativas de los criterios de evaluación durante la segunda etapa competitiva, a condición de que ninguna variación entrañe una enmienda de fondo de la contratación según se describe en el artículo [50];

i) La duración del acuerdo marco[54].

2) Durante todo el período de vigencia del acuerdo marco abierto, la entidad adjudicadora asegurará un acceso sin restricciones, directo y pleno a las especificaciones y a las cláusulas y condiciones de dicho acuerdo, así como a cualquier otra información necesaria para su buen funcionamiento.

Artículo 55. Segunda etapa de un procedimiento de acuerdo marco[55]

1) Todo contrato adjudicado en virtud de un acuerdo marco deberá ser conforme a las cláusulas de dicho acuerdo y a las disposiciones del presente artículo.

2) No se adjudicará ningún contrato, en virtud del acuerdo marco cerrado, a un proveedor o contratista que no haya sido parte originaria en ese acuerdo marco cerrado.

3) a) Para cada contrato que se prevea adjudicar en virtud de un acuerdo marco cerrado con una segunda etapa competitiva y de un acuerdo marco abierto se cursará por escrito una convocatoria a licitación;

b) La entidad adjudicadora invitará a todos los proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco o, cuando corresponda, a todos los proveedores y contratistas cuya oferta responda en ese momento a las necesidades de la entidad adjudicadora, a presentar sus ofertas para el suministro de los elementos que deban adquirirse;

c) En la invitación a presentar ofertas:

i) Se reiterarán las cláusulas y condiciones existentes del acuerdo marco que se incluirán en el contrato de adjudicación previsto, se enunciarán las cláusulas y condiciones que serán objeto de una segunda etapa competitiva y se darán, cuando sea necesario, más detalles sobre esas condiciones;

ii) Se reiterarán los procedimientos y los criterios de selección para la adjudicación del contrato previsto (incluidas sus ponderaciones relativas y la forma en que se aplicarán), así como la información mencionada en los párrafos q) a s) y x) a z) del artículo 27 de la presente Ley;

---

[54] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, convino en añadir la referencia a la duración del acuerdo marco al presente artículo (A/CN.9/668, párr. 254).

[55] El Grupo de Trabajo, en su 15º período de sesiones, convino en combinar los proyectos de artículos que regulan los procedimientos de la segunda etapa en los acuerdos marco abiertos y cerrados. Al introducir esta modificación, el Grupo aprobó el fondo de este proyecto de artículo (A/CN.9/668, párrs. 247 y 255).

iii) Se darán instrucciones para la preparación de las ofertas en la segunda etapa, incluida la información especificada en los párrafos g) a p) del artículo 27 de la presente Ley;

iv) Se fijarán la manera, las modalidades y los plazos para la presentación de ofertas. El plazo para la presentación de ofertas se expresará con indicación de fecha y hora, y se dejará tiempo suficiente a los proveedores o contratistas para que preparen y presenten sus ofertas, teniendo en cuenta las necesidades razonables de la entidad adjudicadora[56];

d) La entidad adjudicadora evaluará todas las ofertas recibidas y determinará la oferta ganadora de conformidad con los criterios de evaluación y con los procedimientos consignados en la convocatoria a licitación;

e) [La entidad adjudicadora aceptará la oferta ganadora de conformidad con el artículo 19][57].

4) La entidad adjudicadora notificará sin demora por escrito a todos los proveedores o contratistas que sean partes en el acuerdo marco la adjudicación del contrato, el nombre y la dirección del proveedor o contratista a quien se haya enviado el aviso, así como el precio del contrato[58].

---

[56] Las disposiciones de este párrafo han sido revisadas para que sean tecnológicamente neutras y compatibles con otras disposiciones similares de otros artículos de la presente propuesta de Ley Modelo revisada.

[57] Debe revisarse teniendo en cuenta la decisión que habrá de tomar el Grupo de Trabajo con respecto al proyecto de artículo 19 11), en particular respecto de la conveniencia de fijar una moratoria en la etapa de adjudicación de contratos en virtud de acuerdos marco (A/CN.9/668, párrs. 141 a 144).

[58] *Ibid.*

A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.5 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 16º período de sesiones

ADICIÓN

En la presente nota se enuncian las disposiciones del texto revisado de la Ley Modelo correspondientes al capítulo VII (Vías de recurso) que se han examinado. En la nota se adjunta además un cuadro en el que pueden cotejarse los títulos de los artículos de la Ley Modelo revisada que se proponen con los de los artículos de la Ley Modelo de 1994, así como las nuevas disposiciones que el Grupo de Trabajo ha examinado hasta la fecha.

CAPÍTULO VII. VÍAS DE RECURSO

Artículo 56. Recurso de reconsideración[1]

El proveedor o contratista que sostenga haber sufrido o correr el riesgo de sufrir un daño o perjuicio imputable al incumplimiento de las disposiciones de la presente Ley podrá interponer un recurso de conformidad con los artículos 57 a 61 e impugnar ante los órganos competentes, conforme al derecho aplicable, toda decisión adoptada a raíz del recurso.

Artículo 57. Reconsideración por la entidad adjudicadora o por la autoridad que dio su aprobación[2]

1) Sin perjuicio del derecho de los proveedores o contratistas a solicitar directamente la reconsideración ante un órgano administrativo independiente de conformidad con el artículo 58 de la presente Ley Modelo, el proveedor o contratista facultado para interponer un recurso de reconsideración con arreglo al artículo 56

---

[1] En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó sin cambios este proyecto de artículo (véase A/CN.9/668, párr. 257).

[2] En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó este artículo tal como había quedado revisado en ese período de sesiones (véase A/CN.9/668, párrs. 259 y 260). En particular, se convino en que en las disposiciones no debería fijarse ningún plazo, o un número concreto de días, sino que esos datos deberían figurar en blanco en un corchete que el Estado promulgante se encargaría de llenar. Se convino asimismo en que en la Guía se señalara a este respecto a los Estados promulgantes el plazo especificado en el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC.

podrá presentar un recurso administrativo jerárquico ante la entidad adjudicadora o, en su caso, ante la autoridad que dio su aprobación[3]. Los recursos se presentarán por escrito siempre y cuando:

a) Los recursos relativos a las condiciones del pliego se interpongan antes de que expire el plazo para la presentación de las ofertas;

b) Todos los demás recursos suscitados por el procedimiento de contratación se interpongan antes de la entrada en vigor del contrato adjudicable en el plazo de [...] días a partir de la fecha en que el proveedor o contratista que interponga el recurso haya tenido conocimiento de las circunstancias que dieron lugar al recurso o de la fecha en que debió haber conocido tales circunstancias, si esta fuese anterior.

2) A menos que el recurso se dirima mediante acuerdo mutuo entre las partes, la entidad adjudicadora o, en su caso, la autoridad que dio su aprobación dictará por escrito, en un plazo de [...] días a partir de la fecha de la presentación del recurso, una decisión en la cual:

a) Se enunciarán las razones en que se funde; y

b) Se comunicarán, de prosperar en todo o en parte el recurso, las medidas correctivas que se adoptarán.

3) Si la entidad adjudicadora o la autoridad que dio su aprobación no dicta su decisión en el plazo indicado en el párrafo 2) del presente artículo, el proveedor o contratista que haya interpuesto el recurso o, según el caso, la entidad adjudicadora, tendrá de inmediato la facultad para interponer un recurso de conformidad con el artículo 58 o el artículo 61. Al interponerse el nuevo recurso, la entidad adjudicadora o la autoridad que dio su aprobación dejará de ser competente para conocer de la cuestión.

---

[3] Este párrafo fue redactado de nuevo a raíz de la propuesta formulada ante el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo de que las disposiciones del artículo propuesto fueran menos ambiguas en lo que respecta al carácter facultativo de la reconsideración en virtud del artículo 59 (véase A/CN.9/668, párr. 259).

Artículo 58. Recurso ante un órgano administrativo independiente*[4]

1) El proveedor o contratista facultado para interponer un recurso de reconsideración con arreglo al artículo 56 podrá interponer un recurso administrativo jerárquico ante [denominación del órgano administrativo].

2) Los recursos se presentarán por escrito en el plazo de [...] días a partir de la fecha en que el proveedor o contratista que interponga el recurso haya tenido conocimiento de las circunstancias que dieron lugar al recurso [originario] o de la fecha en que debió haber conocido tales circunstancias, si esta fuese anterior, siempre y cuando los recursos relativos a las condiciones del pliego se interpongan antes de que expire el plazo para la presentación de las ofertas.

3) Al presentarse [en el plazo previsto] un recurso conforme al artículo 57, quedará suspendido el plazo para la presentación de recursos en virtud del presente artículo mientras dure el procedimiento en sí con arreglo al artículo 57 hasta el plazo máximo que se fije para que la entidad adjudicadora o, en su caso, la autoridad que dio su aprobación adopte una decisión de acuerdo con el párrafo 2) del artículo 57 y la comunique al proveedor o contratista de conformidad con el párrafo 3) del artículo 60.

4) El [denominación del órgano administrativo] al cual se presente el recurso lo notificará sin dilación a la entidad adjudicadora y, en su caso, a la autoridad que dio su aprobación.

5) El [denominación del órgano administrativo], a menos que desestime el recurso, podrá conceder uno o más de los siguientes remedios:

---

* Los Estados cuyo ordenamiento jurídico no prevea la interposición de recursos administrativos jerárquicos contra actos, decisiones y procedimientos de carácter administrativo podrán omitir el presente artículo e instituir únicamente el recurso contencioso-administrativo (artículo 61), siempre y cuando en el Estado promulgante exista un sistema eficaz para la presentación de recursos contencioso-administrativos, inclusive un sistema eficaz de apelaciones, que permita interponer recursos judiciales y obtener remedios en caso de que se incumplan las reglas y los procedimientos de contratación previstos en la presente Ley, de conformidad con los requisitos de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

[4] En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó este proyecto de artículo tal como había quedado revisado en ese período de sesiones, a reserva de lo que se decidiera respecto de una cuestión pendiente (véase la nota de pie de página que figura inmediatamente a continuación) (véase A/CN.9/668, párr. 265). Se convino en que en la Guía se aclarara, en el contexto del presente artículo, el significado del concepto de "órgano administrativo independiente", en particular la cuestión de si tal órgano debería estar integrado por expertos externos. Se señaló que en la Guía habría que poner de relieve las perturbaciones que causaría al procedimiento de contratación la adopción de una decisión, en la etapa de reconsideración, sin criterios de independencia, dado que las decisiones estarían sujetas a apelación y causarían más demoras (véase A/CN.9/668, párr. 262 g)).

a) Indicar las normas jurídicas o los principios de derecho que rigen la cuestión a que se refiera el recurso[5];

b) Prohibir a la entidad adjudicadora que actúe o decida contra derecho o que aplique un procedimiento contrario a derecho;

c) Exigir a la entidad adjudicadora que haya actuado o procedido contra derecho, o haya adoptado una decisión contraria a derecho, que actúe o proceda conforme a derecho o que adopte una decisión conforme a derecho;

d) Revocar en todo o en parte los actos o las decisiones contrarios a derecho de la entidad adjudicadora;

e) Revisar las decisiones contrarias a derecho de la entidad adjudicadora o sustituirlas por su propia decisión;

f) Ordenar el pago de una indemnización por los gastos razonables que haya realizado el proveedor o contratista que presente el recurso en relación con el proceso de contratación a raíz de un acto, decisión o procedimiento contrario a derecho de la entidad adjudicadora, y por los daños y perjuicios sufridos, que [podrán] [deberán] limitarse o bien a los costos de la preparación de la presentación o [a la protesta] [a los costos que entrañe el recurso, o a ambas cosas][6];

g) Ordenar que se ponga término al proceso de contratación;

---

[5] En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo, a raíz de la propuesta de que el texto del párrafo 5) a) se insertara en el encabezamiento del párrafo, pidió a la Secretaría que estudiara el historial de redacción de las disposiciones. El Grupo de Trabajo decidió aplazar el examen de la propuesta hasta que se examinaran las conclusiones de la Secretaría (véase A/CN.9/668, párr. 264). Los resultados del estudio solicitado vienen expuestos en la sección D de una nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.I/WP.68).

[6] En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en mantener en el párrafo 5) f) únicamente la variante I, cuyo texto habría de ser ajustado a las disposiciones pertinentes de instrumentos internacionales, como el artículo XX 7) c) del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC (el ACP) (1994) y el artículo XVIII 7) b) del texto provisionalmente convenido del Acuerdo sobre Contratación Pública revisado (el proyecto de ACP revisado). Además, el Grupo de Trabajo convino en trasladar el texto de la variante II, del párrafo 5) f), al cuerpo de la Guía, especificando en ella los motivos por los que esa variante se había insertado en la Guía, concretamente por estimarse que si se permitía la indemnización de las pérdidas previstas podría perturbarse gravemente el procedimiento de contratación, pues con ello se daría pie a nuevas demandas. Se sugirió asimismo que en la Guía se explicara la evolución de las disposiciones al respecto y se pusieran de relieve las disposiciones pertinentes que figuran en los instrumentos de la OMC. Por las razones especificadas en la sección C de la nota de la Secretaría A/CN.9/WG.I/WP.68, la Secretaría experimentaba dificultades en el cumplimiento de las instrucciones del Grupo de Trabajo. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el texto propuesto juntamente con las consideraciones expuestas en la mencionada nota de la Secretaría. Las palabras que figuran entre corchetes reflejan asimismo los distintos textos que figuran en el artículo XX 7) c) del ACP y en el artículo XVIII 7) b) del texto provisionalmente convenido del ACP revisado. Por último, el Grupo de Trabajo tal vez desee revisar el enunciado del apartado anterior agregándole una referencia a medidas correctivas, que es la expresión empleada tanto en el ACP como en el ACP revisado.

h) Anular el contrato de adjudicación que haya entrado en vigor de forma contraria a derecho y, de haberse publicado el aviso de la adjudicación del contrato, ordenar la publicación de un aviso de anulación de la adjudicación.

6) El [denominación del órgano administrativo] dictará por escrito en un plazo de [...] días una decisión fundada en la que señalará los remedios que haya concedido.

7) La decisión será definitiva a menos que se interponga una acción con arreglo al artículo 63.

Artículo 59. Ciertas normas aplicables a los procedimientos de examen de recursos previstos en los artículos 57 y 58[7]

1) El órgano encargado de la reconsideración notificará sin demora a todos los proveedores o contratistas que participen en el proceso de contratación[8] respecto del cual se haya presentado el recurso conforme al artículo 57 o al artículo 58, así como a cualquier autoridad gubernamental cuyos intereses se vean o pudieran verse afectados, que se ha presentado un recurso, especificando sus elementos esenciales.

2) Tendrá derecho a participar en la sustanciación del recurso cualquier proveedor o contratista o cualquier autoridad gubernamental. El proveedor o contratista o la autoridad gubernamental que no hayan participado en el recurso no podrán interponer ulteriormente uno de la misma índole.

3) Los participantes en los procedimientos de reconsideración tendrán acceso a todas las actuaciones y tendrán derecho a ser oídos antes de que el órgano competente adopte una decisión sobre el recurso, a estar representados y acompañados y a solicitar que el procedimiento tenga lugar a puertas abiertas con testigos que presten declaración. No se divulgarán datos cuya divulgación sea contraria a derecho, pueda entorpecer la acción de la justicia, sea contraria al interés público, vaya en detrimento de intereses comerciales legítimos de las partes o ponga trabas a la libre competencia[9].

---

[7] En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó este proyecto de artículo tal como había quedado revisado en ese período de sesiones (véase A/CN.9/668, párrs. 267 y 268).

[8] En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que en la Guía se aclarara que la expresión "que participen en el proceso de contratación" podría abarcar a un grupo distinto de participantes en función del momento en que se celebrara el procedimiento y a reserva del recurso presentado, y en que se especificara que los participantes cuyas ofertas fueran rechazadas tal vez no tuvieran derecho a participar en el recurso si este se refería a las etapas del procedimiento de contratación posteriores al rechazo y no relacionadas con él (véase A/CN.9/668, párr. 267 c)).

[9] En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en plantearse la inclusión en los párrafos 3) y 4) de excepciones a la divulgación por motivos de confidencialidad, y en que se explicara en la Guía que las consideraciones de confidencialidad no deberían ser obstáculo para que se celebrara un juicio justo y una audiencia equitativa (véase A/CN.9/668, párr. 267 b)). El párrafo fue reformulado en consecuencia agregándosele la segunda frase. Las disposiciones añadidas deberían examinarse juntamente con las disposiciones análogas de otros artículos de la

4) Cuando corresponda dirimir el recurso a la autoridad que dio su aprobación o a [denominación del órgano administrativo], la entidad adjudicadora deberá proporcionar en su debido momento al órgano competente todos los documentos pertinentes, inclusive el expediente del proceso de contratación, siempre y cuando no se divulguen datos cuya divulgación sea contraria a derecho, pueda entorpecer la acción de la justicia, sea contraria al interés público, vaya en detrimento de intereses comerciales legítimos de las partes o ponga trabas a la libre competencia[10].

5) En el plazo de [...] días a partir de la adopción de la decisión del órgano que dirima el recurso de reconsideración, se dará copia de la decisión a los participantes en el procedimiento de reconsideración. Además, una vez dictada la decisión, deberán quedar a la brevedad a disposición del público, para su consulta, los textos del recurso y la decisión, siempre y cuando no se divulgue ningún dato cuya divulgación sea contraria a derecho, pueda entorpecer la acción de la justicia, sea contraria al interés público, vaya en detrimento de intereses comerciales legítimos de las partes o ponga trabas a la libre competencia[11].

6) Se consignarán en el expediente del proceso de contratación las decisiones que adopte el órgano encargado de dirimir el recurso, así como los motivos y las circunstancias en que se funden.

Artículo 60. Suspensión del proceso de contratación[12]

1) La presentación [oportuna] de un recurso dejará en suspenso el proceso de contratación durante el período que determine el órgano encargado de dirimirlo:

a) Siempre que el recurso no sea temerario y contenga una declaración que, de ser corroborada, demuestre que el proveedor o contratista sufrirá un daño irreparable de no decretarse la suspensión, y demuestre además que el recurso tiene probabilidades de prosperar y que la suspensión del proceso no causará un daño o perjuicio desproporcionado a la entidad adjudicadora ni a los demás proveedores o contratistas;

---

propuesta de la Ley Modelo revisada, como la del proyecto de artículo 19 2) b) (véase el documento A/CN.9/WG.I/WP.69/Add.2). En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aplazó el examen de las posibles excepciones a la divulgación (véase A/CN.9/668, párr. 131).

[10] Este párrafo ha sido revisado conforme a lo convenido durante el 15º período de sesiones del Grupo de Trabajo en el sentido de que se eliminara toda ambigüedad en lo relativo a los "documentos pertinentes" y de que se insertaran en el párrafo excepciones a la divulgación basadas en la confidencialidad, al tiempo que se explicara en la Guía que las consideraciones de confidencialidad no deberían ser obstáculo para que se celebrara un juicio justo y una audiencia equitativa (véase A/CN.9/668, párr. 267 a) y b)). Sobre las cuestiones relacionadas con las disposiciones relativas a la confidencialidad, véase la nota de pie de página inmediatamente anterior a esta.

[11] *Ibid.*, en lo que respecta a las disposiciones sobre confidencialidad.

[12] En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó este proyecto de artículo, que se basa íntegramente en el texto del artículo 56 de la Ley Modelo de 1994 (véase A/CN.9/668, párr. 269).

b) A menos que la entidad adjudicadora certifique que el procedimiento debe seguir adelante por consideraciones urgentes de interés público. Esta certificación, en la cual se harán constar las razones por las cuales se afirme la existencia de esas consideraciones urgentes, y que será consignada en el expediente del proceso de contratación, será definitiva en todas las instancias de la vía administrativa y solo podrá impugnarse por la vía contencioso-administrativa.

2) El órgano que dirima el recurso podrá prorrogar el período de suspensión previsto, a fin de salvaguardar los derechos del proveedor o contratista que presente el recurso o entable la acción en tanto se dirime el recurso, siempre y cuando la suspensión no exceda en total del período de que disponga el órgano competente para adoptar su decisión de conformidad con el artículo 57 o con el artículo 58, según corresponda.

3) La decisión relativa a la suspensión o a la prórroga de la suspensión se comunicará sin demora a todos los participantes en el procedimiento de reconsideración, indicándose la duración de la suspensión o de la prórroga. Cuando se decida no suspender el procedimiento de contratación por los motivos indicados en el párrafo 1) del presente artículo, el órgano competente notificará al proveedor o contratista interesado la decisión adoptada y los motivos en que esté fundada. Toda decisión adoptada en virtud del presente artículo y los motivos y circunstancias en que esté fundada también deberán hacerse constar en el expediente del procedimiento de contratación.

Artículo 61. Recurso contencioso-administrativo[13]

El [denominación del tribunal o los tribunales] será competente para conocer de las acciones entabladas con arreglo al artículo 56 y de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan ante órganos administrativos jerárquicos contra decisiones adoptadas por ellos o en razón de no haber adoptado una decisión en el plazo fijado, de conformidad con el artículo 57 o el artículo 58.

---

[13] En su 15º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó este proyecto de artículo, que se basa íntegramente en el artículo 57 de la Ley Modelo de 1994 (véase A/CN.9/668, párr. 269).

Número del artículo en la Ley Modelo revisada	Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994	Nuevas disposiciones examinadas por el Grupo de Trabajo
Capítulo I. DISPOSICIONES GENERALES	**Capítulo I. DISPOSICIONES GENERALES**	
Artículo 1. Ámbito de aplicación	Artículo 1. Ámbito de aplicación	Revisiones del artículo 1 de la Ley Modelo de 1994 convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 16 y 17)
Artículo 2. Definiciones	Artículo 2. Definiciones	Revisiones del artículo 2 de la Ley Modelo de 1994 convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 272 a 274)
Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado relativas a la contratación pública [y acuerdos intergubernamentales en el interior (del Estado)]	Artículo 3. Obligaciones internacionales del Estado relativas a la contratación pública [y acuerdos intergubernamentales en el interior (del Estado)]	
Artículo 4. Reglamentación de la contratación pública	Artículo 4. Reglamentación de la contratación pública	Revisiones del artículo 4 de la Ley Modelo de 1994 convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 26 y 27)
Artículo 5. Publicación de textos jurídicos	Artículo 5. Acceso del público a los textos normativos	Proyecto de artículo 5, tal como lo aprobó preliminarmente el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 30 a 34), con excepción del párrafo 3), que se insertó en un nuevo artículo 6 (véase *infra*)
Artículo 6. Información sobre contratos próximamente adjudicables		Proyecto de artículo 5, párrafo 3), tal como lo aprobó preliminarmente el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 30 a 34) Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 37 y 38)

Número del artículo en la Ley Modelo revisada	**Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994**	**Nuevas disposiciones examinadas por el Grupo de Trabajo**
Artículo 7. Reglas relativas a los métodos de contratación pública y tipos de convocatoria (nuevas disposiciones basadas en el texto de 1994)	Artículos 18, 17 a) y b), 19 1) a), 22, 23 a) y b), y 37 2) y 3) c), y el comentario de la Guía sobre el artículo 22 (base de las nuevas disposiciones)	Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 39 a 70)
Artículo 8. Comunicaciones en la contratación pública	Sustituye al artículo 9. (Forma de las comunicaciones)	Artículo 5 *bis* tal como lo aprobó preliminarmente el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 17 a 25)
Artículo 9. Participación de proveedores y contratistas	Artículo 8. Participación de proveedores o contratistas	
Artículo 10. Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas	Artículo 6. Condiciones exigibles a los proveedores o contratistas Artículo 10. Documentos probatorios presentados por proveedores y contratistas	Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 73 a 76)
Artículo 11. Reglas relativas a la descripción del objeto del contrato adjudicable y las cláusulas y condiciones del contrato público o del acuerdo marco	Artículo 16. Reglas relativas a la descripción de los bienes, obras o servicios	Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 77 a 81)
Artículo 12. Reglas relativas a los criterios de evaluación (nuevas disposiciones basadas en el texto de 1994)	Artículos 27 e), 34 4), 38 m), 39 y 48 3) (base de las nuevas disposiciones)	Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 82 a 87)
Artículo 13. Reglas relativas al idioma utilizado en los pliegos de condiciones	Artículo 17. Idioma Artículo 29. Idioma de las ofertas	Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 88 y 169)
Artículo 14. Garantías	Artículo 32. Garantías de la oferta	
Artículo 15. Procedimiento de precalificación	Artículo 7. Precalificación. También los artículos 23, 24 y 25 (disposiciones relativas a la precalificación)	Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 93 a 110)

Número del artículo en la Ley Modelo revisada	Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994	Nuevas disposiciones examinadas por el Grupo de Trabajo
Artículo 16. Rechazo de todas las ofertas	Artículo 12. Rechazo de todas las ofertas, propuestas o cotizaciones	Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 111 a 117)
Artículo 17. Rechazo de las ofertas anormalmente bajas		Disposiciones basadas en el artículo 12 *bis* convenidas preliminarmente por el Grupo de Trabajo en su 12º período de sesiones (A/CN.9/640, párrs. 44 a 55)
Artículo 18. Rechazo de una oferta por razón de los incentivos ofrecidos por el proveedor y contratista o por haber algún conflicto de intereses	Artículo 15. Incentivos ofrecidos por proveedores o contratistas	Conflictos de interés (A/CN.9/664, párr. 116) Propuesta de una delegación sobre un nuevo párrafo 1) del artículo y revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 121 a 125)
Artículo 19. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato	Artículo 13. Entrada en vigor del contrato adjudicado Artículo 36. Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato	Período de paralización (A/CN.9/664, párrs. 45 a 55 y 72) Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 126 a 145)
Artículo 20. Anuncio público de los contratos adjudicados y de todo acuerdo marco concertado	Artículo 14. Anuncio público de las adjudicaciones de contratos	Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 146 a 148)
Artículo 21. Confidencialidad	Artículo 45. Confidencialidad	Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 149 a 152)

Número del artículo en la Ley Modelo revisada	**Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994**	**Nuevas disposiciones examinadas por el Grupo de Trabajo**
Artículo 22. Expediente del procedimiento de adjudicación	Artículo 11. Expediente del proceso de contratación	Párrafo 1) b) *bis* preliminarmente aprobado por el Grupo de Trabajo en su noveno período de sesiones (A/CN.9/595, párr. 49) Párrafo 1) i) *bis*, preliminarmente aprobado por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 11º y 12º (A/CN.9/623, párr. 100, y A/CN.9/640, párr. 91) Párrafo 3) reestructurado tal como se sugirió en el 12º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/640, párr. 90). El Grupo de Trabajo no examinó en detalle las disposiciones reestructuradas Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 153 a 157)
	Capítulo II. MÉTODOS DE CONTRATACIÓN Y CONDICIONES PARA SU APLICACIÓN (capítulo suprimido) (los artículos 18 y 22 se han plasmado en un nuevo artículo 7; los artículos restantes figuran en las disposiciones pertinentes de los nuevos capítulos III y IV)	
Capítulo II. MÉTODO DE LA LICITACIÓN	**Capítulo III. PROCESO DE LICITACIÓN**	Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 161 a 166 y 169 a 172) Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 175, 176 y 179 a 181)

Número del artículo en la Ley Modelo revisada	Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994	Nuevas disposiciones examinadas por el Grupo de Trabajo
Artículos 23 a 28	Artículos 23 a 28, con los consiguientes cambios	Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 161 a 166)
	Artículo 29. Idioma de las ofertas. Este artículo ha sido suprimido y sus disposiciones se han fundido con el proyecto de artículo 13 (Reglas relativas al idioma utilizado en los pliegos de condiciones), en el capítulo I (Disposiciones generales), a fin de que resulten aplicables a todos los métodos de contratación	Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 169)
Artículos 29 y 30	Artículos 30 y 31, con los consiguientes cambios	Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 170 a 172) Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 175 y 176)
	El artículo 32 (Garantías de la oferta) ha pasado a ser el artículo 14 (Garantías) y se ha insertado en el capítulo I (Disposiciones generales), a fin de que resulte aplicable a todos los métodos de contratación	
Artículos 31 a 33	Artículos 33 a 35, con los consiguientes cambios	Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 175, 176 y 179 a 181)

Número del artículo en la Ley Modelo revisada	Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994	Nuevas disposiciones examinadas por el Grupo de Trabajo
	El artículo 36 (Aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato) ha pasado a ser el artículo 19, que se ha insertado en el capítulo I (Disposiciones generales), a fin de que resulte aplicable a todos los métodos de contratación	
CAPÍTULO III. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA LICITACIÓN RESTRINGIDA, LA LICITACIÓN CON DOS SOBRES Y LA SOLICITUD DE COTIZACIONES	Capítulo II, artículos 20 y 21; capítulo IV, artículo 42 y otras disposiciones pertinentes; y capítulo V, artículos 47 y 50	Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 183 a 201) Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 202 a 208)
Artículo 34. Licitación restringida Variantes 1 y 2 Variante 3 Artículo 34. Licitación con preselección	Artículo 20 (Condiciones para el procedimiento de licitación restringida) y artículo 47 (Procedimiento de licitación restringida)	Artículo X del Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, y artículo IX del Acuerdo sobre Contratación Pública revisado de la OMC Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 183 a 192)
Artículo 35. Licitación con dos sobres	Artículo 42. Procedimiento de selección sin negociaciones, y otras disposiciones pertinentes del capítulo IV. Método principal para la contratación de servicios	Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 193 a 201)

Número del artículo en la Ley Modelo revisada	Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994	Nuevas disposiciones examinadas por el Grupo de Trabajo
Artículo 36. Solicitud de cotizaciones	Artículo 21 (Condiciones para la solicitud de cotizaciones) y artículo 50 (Solicitud de cotizaciones)	Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 202 a 208)
[CAPÍTULO IV. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA LICITACIÓN EN DOS ETAPAS, LA SOLICITUD DE PROPUESTAS Y LA NEGOCIACIÓN COMPETITIVA]	Capítulo II, artículo 19; capítulo IV, artículos 43 y 44 y otras disposiciones pertinentes; capítulo V, artículos 46, 48 y 49; y disposiciones pertinentes de los instrumentos sobre proyectos de infraestructura con financiación privada	Propuesta de una delegación sobre la fusión de los artículos 48 y 49 (A/CN.9/668, párrs. 210 y 211) Este capítulo aún está pendiente de examen
CAPÍTULO V. CONDICIONES Y PROCEDIMIENTOS PARA LA UTILIZACIÓN DE LA SUBASTA ELECTRÓNICA INVERSA		Artículos 22 *bis* y 51 *bis* a *septies* (véase A/CN.9/WG.I/WP.59, A/CN.9/WG.I/WP.61, párr. 17, y A/CN.9/640, párrs. 56 a 89), con los consiguientes cambios Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 213 a 222)
CAPÍTULO VI. PROCEDIMIENTOS PARA LOS ACUERDOS MARCO		Artículos 22 *ter* y 51 *octies* a *quindecies* (véase A/CN.9/WG.I/WP.62, y A/CN.9/664, párrs. 75 a 110), con los consiguientes cambios Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 230 a 233 y 239 a 255) Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 226 a 229 y 235 a 237)

Número del artículo en la Ley Modelo revisada	**Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994**	**Nuevas disposiciones examinadas por el Grupo de Trabajo**
CAPÍTULO VII. VÍAS DE RECURSO	Capítulo VI. Vías de recurso	Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párrs. 19 a 74) Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 259 a 262, 267 y 268) Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 264 y 267 b))
Artículo 56. Recurso de reconsideración	Artículo 52. Recurso de reconsideración	Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párrs. 19 a 27)
Artículo 57. Reconsideración por la entidad adjudicadora o por la autoridad que dio su aprobación	Artículo 53. Reconsideración por la entidad adjudicadora (o por la autoridad que dio su aprobación)	Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párrs. 28 a 33) Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 259 y 260)
Artículo 58. Recurso ante un órgano administrativo independiente	Artículo 54. Recurso administrativo jerárquico	Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párrs. 34 a 58) Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 262) Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 264)

Número del artículo en la Ley Modelo revisada	Disposiciones correspondientes de la Ley Modelo de 1994	Nuevas disposiciones examinadas por el Grupo de Trabajo
Artículo 59. Ciertas normas aplicables a los procedimientos de examen de recursos previstos en los artículos 57 y 58	Artículo 55. Normas aplicables a los recursos previstos en el artículo 53 [y en el artículo 54]	Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párrs. 59 y 60) Revisiones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párrs. 267 y 268) Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 15º período de sesiones (A/CN.9/668, párr. 267 b))
Artículo 60. Suspensión del proceso de contratación	Artículo 56. Suspensión del proceso de contratación	Revisiones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 14º período de sesiones (A/CN.9/664, párrs. 61 a 73)
Artículo 61. Recurso contencioso-administrativo	Artículo 57. Recurso contencioso-administrativo	

II. ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN COMERCIAL INTERNACIONAL

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 49º período de sesiones (Viena, 15 a 19 de septiembre de 2008)

(A/CN.9/665) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-8
II.	Organización del período de sesiones	9-15
III.	Deliberaciones y decisiones	16
IV.	Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	17-141
	Sección I. Disposiciones introductorias	18-56
	Sección II. Composición del tribunal arbitral	57-118
	Sección III. Procedimiento arbitral	119-141

I. Introducción

1. En su 31º período de sesiones (Nueva York, 1 a 12 de junio de 1998), la Comisión, en el marco de sus deliberaciones acerca del "Día de la Convención de Nueva York", jornada conmemorativa especial por la que celebró en junio de 1998 el cuadragésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (en adelante, "la Convención de Nueva York"), estimó que sería oportuno entablar un debate sobre la posible labor futura que cabría emprender en materia de arbitraje. Pidió a la Secretaría que preparara una nota que sirviera de base para que la Comisión examinara esta cuestión en su siguiente período de sesiones[1].

2. En su 32º 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 del arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Aprovechando la oportunidad de examinar la conveniencia y viabilidad de seguir desarrollando el régimen legal

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/53/17), párr. 235.

del arbitraje comercial internacional, la Comisión estimó en general que había llegado la hora de evaluar la ya considerable y favorable experiencia adquirida en la promulgación de leyes internas inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) (en adelante, "la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje"), así como en la utilización del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (en adelante, "el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI" o "el Reglamento") y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de evaluar, en un foro universal como el de la Comisión, la aceptabilidad de las ideas y propuestas presentadas para el perfeccionamiento de las normas legales y reglamentarias aplicables al arbitraje, y de las prácticas seguidas al respecto[2]. Al examinar la Comisión este tema, dejó abierta la cuestión de cuál sería la forma que debería revestir el texto que elaborara. Se convino en que se aplazaran para más adelante las decisiones al respecto para adoptarlas cuando se conociera mejor el contenido de las soluciones propuestas. Cabría, por ejemplo, preparar una normativa uniforme de rango legislativo (en forma de disposiciones legales modelo o de un tratado) o un texto de rango no legislativo (como pudiera ser una normativa contractual modelo o una guía de prácticas recomendadas)[3].

3. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión convino en que se diera prioridad al tema de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La Comisión tomó nota de que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que había sido uno de los primeros instrumentos que elaboró la CNUDMI en materia de arbitraje, había conseguido un notable éxito y había sido adoptado por muchos centros de arbitraje; además, se había utilizado en casos muy distintos, como, por ejemplo, en controversias entre inversionistas y autoridades estatales. Habida cuenta del éxito y del prestigio que había logrado el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Comisión opinó en general que, al procederse a su revisión, no debía alterarse la estructura del texto ni su espíritu ni su estilo, y que debería mantenerse su flexibilidad. Se sugirió que el Grupo de Trabajo definiera cuidadosamente una lista de temas que tal vez conviniera mejorar en una versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[4].

4. Se mencionó la importancia de determinar el ámbito de la "arbitrabilidad", estimándose que también debería darse prioridad a esta cuestión. Se estimó asimismo que correspondería al Grupo de Trabajo determinar si procedía dar una definición genérica de los tipos de controversias que cabría dirimir por arbitraje, complementándola tal vez con una lista ilustrativa de las mismas, o si sería preferible que se definieran en una disposición de rango legislativo las cuestiones o tipos de controversias que no cabría dirimir por la vía arbitral. Se sugirió que tal vez fuera útil para los Estados que se estudiara la cuestión de la arbitrabilidad de las controversias concernientes a la propiedad inmobiliaria, a la competencia desleal y a la insolvencia. No obstante, se expresó cierto reparo al respecto dado que esa delimitación de las controversias dirimibles o no por arbitraje suscitaba cuestiones de orden público legal interno que eran notoriamente difíciles de definir en términos uniformes, por lo que toda tentativa de facilitar una lista predefinida de materias susceptibles o no de arbitraje podría restringir innecesariamente el margen de

[2] *Ibid.*, *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/54/17), párr. 337.
[3] *Ibid.*, párr. 338.
[4] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 184.

maniobra de cada Estado para tener en cuenta ciertos problemas de orden público de su derecho interno, que tal vez evolucionaran con el tiempo[5].

5. Entre los demás temas que se mencionaron para su posible inclusión en la labor futura del Grupo de Trabajo cabe mencionar los problemas planteados por la solución de controversias por vía informática. Se opinó que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, leído conjuntamente con otros instrumentos, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico y la Convención de las Naciones Unidas sobre las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, permitía ya resolver algunas de las cuestiones suscitadas por el empleo de la vía electrónica para la concertación del contrato. Otra cuestión que cabría estudiar era la del recurso eventual al arbitraje en casos de insolvencia. También se sugirió que el Grupo de Trabajo estudiara los efectos en el arbitraje internacional de los mandamientos judiciales de no entablar actuaciones paralelas. Otra sugerencia fue la de que se estudiara la posibilidad de aclarar los conceptos enunciados en el párrafo 1) del artículo I de la Convención de Nueva York, al hablarse de los laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto de aquel en el que se pida su reconocimiento y ejecución, o al hablarse de los laudos arbitrales que no sean considerados laudos nacionales en el Estado en el que se pida su reconocimiento y ejecución, que, según se dijo, eran cuestiones que habían suscitado dudas en algunos foros nacionales. 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 se ocupara de promover la disciplina contractual, la eficacia de los pactos de arbitraje y la ejecutoriedad de los laudos en ese ramo[6].

6. Tras deliberar, la Comisión llegó en general a la conclusión de que el Grupo de Trabajo podía ocuparse paralelamente de varias cuestiones y convino en que el Grupo de Trabajo reanudara su labor sobre el tema de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. También se convino en que la cuestión de si una controversia podía ser o no objeto de arbitraje era otro posible tema para la labor futura del Grupo de Trabajo. En cuanto a la solución de controversias por vía informática, se acordó que el Grupo de Trabajo incluyera el tema en su programa pero que, por lo menos en la etapa inicial, estudiara las repercusiones de las comunicaciones electrónicas en el contexto de la revisión del texto actual del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[7].

7. En su 40º período de sesiones, la Comisión observó que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no se había modificado desde su aprobación en 1976 y que la revisión debería tener por objeto modernizarlo y fomentar una mayor eficiencia en el procedimiento arbitral. La Comisión convino en general en que el mandato de mantener la estructura original y el espíritu del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI había proporcionado al Grupo de Trabajo una orientación útil en las deliberaciones que ha mantenido hasta la fecha y dicho mandato debería seguir rigiendo su labor[8]. La Comisión observó que en el Grupo de Trabajo una amplia mayoría de delegaciones había respaldado un enfoque genérico por el que se tratara

[5] *Ibid.*, párr. 185.
[6] *Ibid.*, párr. 186.
[7] *Ibid.*, párr. 187.
[8] *Ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17, Part I), párr. 174.

de hallar denominadores comunes que fueran aplicables a todos los tipos de arbitraje, independientemente del tema de la controversia, en vez de tratar de resolver situaciones específicas. No obstante, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo tenía pendiente la tarea de examinar, en períodos de sesiones futuros, hasta qué punto deberían abordarse, en la revisión del Reglamento, las cuestiones como la solución por vía arbitral de las controversias entre inversionistas y autoridades estatales o el arbitraje administrado por alguna institución[9].

8. En su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008), la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había decidido proseguir la labor emprendida en orden a la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma genérica actual y recabar la orientación de la Comisión acerca de si, una vez concluida su labor actual sobre el Reglamento, el Grupo de Trabajo debería examinar más en detalle la especificidad de los arbitrajes celebrados en el marco de un tratado y, en dicho caso, cuál sería la forma que habría de darse a dicha labor. Tras deliberar al respecto, la Comisión convino en que no procedía incluir en el propio texto del Reglamento reglas especiales sobre el arbitraje entablado en el marco de un tratado y en que toda tarea futura que el Grupo de Trabajo emprendiera acerca de las controversias entre inversionistas y autoridades estatales no debería demorar la finalización del proceso de revisión del Reglamento de Arbitraje en su forma genérica actual. En cuanto al calendario de trabajo, la Comisión convino en que el tema de la transparencia en los procedimientos de arbitraje entre inversionistas y autoridades estatales basados en tratados merecía ser examinado en el futuro, por lo que debería tratarse con prioridad inmediatamente después de que se concluyera la revisión actual del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[10].

II. Organización del período de sesiones

9. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión celebró su 49º período de sesiones en Viena del 15 al 19 de septiembre de 2008. Asistieron al período de sesiones los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Armenia, Australia, Austria, Bahrein, Belarús, Bolivia, Bulgaria, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Grecia, Guatemala, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Líbano, Malasia, México, Namibia, Noruega, Pakistán, Paraguay, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Singapur, Suiza, Tailandia y Venezuela (República Bolivariana de).

10. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Argentina, Bélgica, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Filipinas, Finlandia, Hungría, Indonesia, Irlanda, Jordania, Mauricio, Países Bajos, Portugal, República Dominicana, República Unida de Tanzanía, Rumania, Sudán, Suecia, Turquía, Ucrania y Yemen.

---

[9] *Ibid.*, párr. 175.

[10] Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 41º período de sesiones (A/63/17), párr. 314.

11. Asistieron también al período de sesiones observadores de la siguiente organización internacional intergubernamental invitada por la Comisión: Corte Permanente de Arbitraje (CPA).

12. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Alumnos del Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Willem C. Vis, *American Arbitration Association* (AAA), *American Bar Association* (ABA), *Asia Pacific Regional Arbitration Group* (APRAG), Asociación Internacional de Abogados, Asociación para la Promoción del Arbitraje en África (APAA), *Association Suisse de l'Arbitrage* (ASA), *Center for International Environmental Law* (CIEL), Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara Federal Austríaca de Economía, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, *Chartered Institute of Arbitrators* (CIArb), Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, *Construction Industry Arbitration Council - Singapore International Arbitration Centre* (CIAC-SIAC), *Corporate Counsel International Arbitration Group* (CCIAG), Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Federación Interamericana de Abogados (FIA), *International Law Institute* (ILI), *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* y Unión Internacional de Abogados (UIA).

13. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

Presidente: Sr. Michael E. Schneider (Suiza);

Relator: Sr. Sainivalati Navoti (Fiji).

14. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: a) programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.150); b) notas de la Secretaría sobre la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI con arreglo a las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 46º a 48º (A/CN.9/WG.II/WP.151, A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 y A/CN.9/WG.II/WP.152).

15. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

16. El Grupo de Trabajo reanudó su labor sobre el tema 4 del programa basándose en las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.151, A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 y A/CN.9/WG.II/WP.152). Las deliberaciones y conclusiones del Grupo de Trabajo respecto de este tema se recogen en el capítulo IV. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de revisión del

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI basándose en las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo.

IV. Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

17. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 48º período de sesiones, había concluido una primera lectura de la versión revisada del Reglamento y había iniciado su segunda lectura de los artículos 1 y 2. El Grupo de Trabajo convino en reanudar las deliberaciones sobre la revisión del Reglamento tomando como base el documento A/CN.9/WG.II/WP.151 y las propuestas de revisión en él expuestas.

Sección I. Disposiciones introductorias

Ámbito de aplicación

Artículo 1

Párrafo 1

18. El Grupo de Trabajo examinó el párrafo 1. Se expresaron reservas acerca de la supresión del requisito de que el acuerdo de arbitraje constara por escrito, pues se estimó que ello podría plantear dificultades en la práctica y que, por lo tanto, debería haber pruebas convincentes de la existencia de tal acuerdo. Frente a esta objeción, se recordó que el Grupo de Trabajo había convenido en suprimir el requisito de la forma escrita (véase A/CN.9/646, párr. 71), habida cuenta de que en algunos ordenamientos jurídicos y en ciertos reglamentos de arbitraje no se exigía que el acuerdo de arbitraje figurara por escrito (véase A/CN.9/614, párr. 29, y A/CN.9/619, párrs. 28 y 29). Se observó que en el Reglamento no se especificaba la forma que debería revestir el acuerdo de arbitraje, pues era preferible que esta cuestión fuera regulada por el derecho aplicable. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo adoptó el párrafo 1 sin cambios, tal como figuraba en el documento A/CN.9/WG.II/WP.151.

Párrafo 1 bis – Versión aplicable del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

19. El Grupo de Trabajo examinó el párrafo 1 *bis*, disposición que establecía una presunción sobre la versión aplicable del Reglamento. Respecto de la redacción, se sugirió que, en la primera línea del párrafo, se sustituyera la palabra “otra” por los términos “una determinada”, a fin de dejar claro que, sean cuales sean las circunstancias, prevalecerá la voluntad de las partes. Esta propuesta fue adoptada.

Párrafo 2

20. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 2.

Modelo de cláusula compromisoria

“tal vez deseen” – “deberían”

21. El Grupo de Trabajo examinó una propuesta consistente en que, en el encabezamiento de la nota relativa al modelo de cláusula compromisoria, se sustituyeran las palabras “tal vez deseen considerar” por las palabras “deberían

estudiar la posibilidad de", a fin de poner de relieve la importancia que tiene para las partes el hecho de plantearse la inclusión en el texto de los elementos enumerados. Una delegación objetó que esta enmienda podría repercutir en la validez de la cláusula si las partes no incluían en su acuerdo de arbitraje alguna de las cuestiones enunciadas en los apartados a) a d). Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que esta objeción carecía de fundamento y decidió sustituir las palabras "tal vez deseen" por las palabras "deberían". Además, se adoptó sin ninguna otra modificación el contenido del modelo de cláusula compromisoria.

Lugar de inserción

22. Se observó que, en la versión de 1976 del Reglamento, el modelo de cláusula compromisoria figuraba como nota de pie de página referente al requisito de la forma escrita enunciado en el párrafo 1 del artículo 1. Tras la supresión de dicho requisito, el Grupo de Trabajo convino en examinar ulteriormente si era preferible que el modelo de cláusula compromisoria se insertara al final del Reglamento, junto con otros modelos de disposición, como las declaraciones o afirmaciones modelo de independencia.

Notificación, cómputo de los plazos

Artículo 2

Párrafos 1 y 1 bis

23. El Grupo de Trabajo recordó que había convenido expresamente en insertar en el Reglamento palabras en virtud de las cuales estuvieran autorizadas tanto las comunicaciones electrónicas como otras formas tradicionales de comunicación (véase A/CN.9/619, párr. 50). Se argumentó que, si bien en la versión original del Reglamento no se excluían las comunicaciones electrónicas, podría ser útil para los usuarios que en el Reglamento revisado figuraran orientaciones claras al respecto. Habida cuenta en particular de que en el párrafo 1 se hablaba de la "entrega personal" de la notificación al destinatario o de su entrega a este "en su residencia habitual", era preciso agregar a la disposición una referencia inequívoca a las comunicaciones electrónicas, a fin de evitar controversias acerca de si el Reglamento era aplicable a todos los medios de comunicación, inclusive las comunicaciones no consignadas sobre papel.

24. El debate se centró en la interacción entre los párrafos 1 y 1 *bis* y en la forma en que habría que reestructurar las disposiciones a fin de dar una mayor claridad al texto en lo referente a sus objetivos y de evitar posibles solapamientos. Se puso de relieve que el párrafo 1 se había concebido en forma de disposición presuntiva en cuanto a la recepción y a la entrega de una notificación de arbitraje. En el párrafo 1 *bis* se enunciaba una lista de los modos de comunicación considerados aceptables para hacer entrega de tal notificación. Se formularon diversas propuestas encaminadas a aclarar las funciones asignadas a las dos disposiciones.

25. Otra de las propuestas consistía en que se suprimiera el párrafo 1 *bis* y que en el párrafo 1 se agregaran palabras que dieran cabida a las comunicaciones electrónicas y que tuvieran el siguiente tenor: "Para los fines del presente Reglamento, se tendrá por recibida toda notificación, inclusive una nota, una comunicación o una propuesta, si se entrega personalmente al destinatario, o si se

entrega a este (inclusive mediante una comunicación electrónica que dé constancia de su transmisión) en su residencia habitual, en su establecimiento o en la dirección indicada". También se propuso, como variante, que, en vez de "una comunicación electrónica", el texto dijera "cualquier forma de comunicación", por estimarse que con ello quedarían englobados todos los posibles modos de comunicación, es decir, inclusive los futuros medios de telecomunicación y las técnicas actualmente existentes, como el telefax, que estaban cayendo rápidamente en desuso.

26. Por otra parte, se propuso que en el texto se puntualizara que toda comunicación podría enviarse a una dirección postal o electrónica enmendando, para ello, el párrafo 1 del modo siguiente: "o si se entrega en su residencia habitual, en su establecimiento, en su dirección postal o en su dirección electrónica indicada". Si bien esta propuesta se basaba en la terminología empleada en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, de 2005, fue objeto de reservas por estimarse que, de ser aceptada, habría que agregar al texto largas explicaciones y utilizar conceptos suplementarios, como el de "mensaje de datos", lo cual se consideraba innecesario en el contexto del Reglamento.

27. A favor de que se mantuvieran los dos párrafos separados, se observó que tal vez no resultara aconsejable combinar una regla por la que se establecen los medios de comunicación que podrán utilizar las partes con otra en la que se enuncian las condiciones en que cabría hacer una presunción de recepción sobre la base del empleo de tales medios de comunicación. Se formuló la propuesta de mantener sin cambios el texto del párrafo 1 *bis*. Conforme a otra propuesta, se sugirió enmendar el párrafo 1 *bis* omitiendo la lista de medios concretos de comunicación y ampliando su alcance con un texto del siguiente tenor: "Toda notificación, incluso una nota, una comunicación o una propuesta, deberá hacerse por cualquier medio de comunicación, inclusive una comunicación electrónica, por el que quede constancia de la transmisión de la notificación". Se objetó que la referencia a que quedara constancia de la transmisión planteaba una serie de dificultades técnicas y jurídicas que no podían abordarse en el contexto del Reglamento. Se respondió que algunas instituciones arbitrales habían empleado textos similares en sus respectivos reglamentos de arbitraje internacional y que también lo había hecho la CNUDMI en instrumentos como la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, sin que se tuviera noticia de que, a raíz de ello, hubieran surgido dificultades prácticas.

28. En cuanto a la estructura, se estimó que sería preferible describir en primer lugar los medios aceptables de comunicación, tal como se hace en el actual proyecto de párrafo 1 *bis*, pasando luego a establecer la presunción relativa a la recepción y a la entrega de una notificación de arbitraje transmitida por tales medios de comunicación. Así pues, se propuso que se invirtiera el orden de los dos párrafos. Esta propuesta obtuvo apoyo.

29. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en agregar al texto un párrafo referente a los medios de comunicación que las partes pudieran utilizar en virtud del Reglamento, y en garantizar que todos los medios de comunicación fueran aceptables de conformidad con el Reglamento. A tales efectos, el Grupo de Trabajo convino en invertir el orden de los párrafos 1 y 1 *bis*. El primer párrafo se redactaría de modo que reflejara el principio de que toda notificación puede entregarse por cualquier medio que deje constancia de su transmisión. En el segundo párrafo se

plasmaría el principio conforme al cual si una notificación no es entregada personalmente al destinatario, podrá entregarse en el lugar de residencia habitual de este, en su establecimiento o en cualquier otra dirección que el destinatario haya indicado a efectos de recepción de tal notificación "o, en caso de que no pueda hallarse ninguna de estas direcciones tras efectuarse suficientes indagaciones, en el último lugar de residencia o en el último establecimiento del destinatario de que se tenga conocimiento. La notificación se tendrá por recibida el día en que haya sido entregada de esa forma".

30. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que redactara una versión revisada de los párrafos 1 y 1 *bis*, teniendo en cuenta los principios acordados por el Grupo de Trabajo.

Párrafo 2

31. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del párrafo 2.

Notificación del arbitraje y respuesta a la notificación del arbitraje

Artículo 3

32. Se observó que el artículo 3 regulaba a la vez la notificación de arbitraje y la respuesta a dicha notificación, y se consideró preferible dividir el artículo en dos y regular en el segundo la respuesta a la notificación de arbitraje.

Párrafo 1

33. En relación con el párrafo 1, se propuso que en la versión inglesa se sustituyera el verbo "give" por el verbo "deliver", a fin de armonizar el texto del artículo 3 con el del artículo 2. Esta propuesta no recibió apoyo. Se propuso también que la autoridad nominadora figurara entre las partes receptoras de la notificación. Esta enmienda no obtuvo ningún apoyo. Sin embargo, se observó que no había reparos en que una parte hiciera constar a la autoridad nominadora en la notificación de arbitraje.

34. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 1.

Párrafos 2 y 3

35. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido de los párrafos 2 y 3.

Párrafo 4

Apartado c)

36. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si debía mantenerse en el texto la posibilidad de que el demandante comunicara su escrito de demanda junto con la notificación de arbitraje. Se propuso que se suprimiera el apartado c) y que, al final del párrafo 1 del artículo 3, se insertara la siguiente frase: "El demandante podrá optar por tratar su notificación de arbitraje, en el párrafo 3 del artículo 3, como escrito de demanda". Las delegaciones se opusieron a que se insertara tal disposición en el párrafo 1 por estimar que la decisión de tratar la notificación de arbitraje como escrito de demanda no debería adoptarse hasta que el demandado hubiera presentado su contestación. De otro modo, el demandante no sabría si

tendría que ampliar sus argumentos. El Grupo de Trabajo convino en suprimir el apartado c) e insertar la frase propuesta en el artículo 18.

37. A reserva de la supresión del apartado c), el Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 4.

Párrafo 5

38. El Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras “, en la medida de lo posible,”, que figuraban entre corchetes en el encabezamiento del párrafo 5.

Apartado a)

39. Se observó que podría haber una contradicción entre el apartado a), en virtud del cual el demandado debía oponer, en su respuesta a la notificación de arbitraje, una excepción de incompetencia, y el párrafo 2 del artículo 21 del Reglamento, conforme al cual tal excepción no podía oponerse después de presentar la contestación. Así pues, se sugirió que se suprimiera el apartado a). Se respondió proponiendo que se suprimiera el apartado a) del párrafo 5, pero que su texto se trasladara al párrafo 6, en el que se enunciaban los elementos que podían incluirse facultativamente en la respuesta a la notificación de arbitraje. El Grupo de Trabajo adoptó esta propuesta.

40. A reserva de las modificaciones convenidas en el párrafo 39 *supra* y en el párrafo 67 *infra*, el Grupo de Trabajo adoptó el contenido del párrafo 5.

Párrafo 6

41. El Grupo de Trabajo adoptó el contenido del párrafo 6 con la incorporación del antiguo apartado a) del párrafo 5 (véanse los párrafos 39 y 40 *supra*).

Párrafo 7

42. En la versión inglesa, se sugirió que se sustituyera, en la primera línea, el verbo “impeded” por el verbo “hindered” (“... no se verá obstaculizada por:”). Esta sugerencia recibió un amplio apoyo, por lo que el Grupo de Trabajo adoptó el párrafo 7 con esa modificación en la versión inglesa.

Representación y asesoramiento

Artículo 4

43. Una amplia mayoría de delegaciones se pronunció a favor de que se mantuviera en el texto la frase que figuraba entre corchetes, pues se consideró que se ajustaba a los diferentes enfoques adoptados en los distintos ordenamientos jurídicos en lo que se refiere a la presentación de la prueba del poder otorgado, y porque fomentaba las buenas prácticas en el arbitraje internacional.

44. Se sugirió que, al principio del artículo 4 se sustituyeran las palabras “Las partes podrán estar representadas o asesoradas... ellas mismas hayan elegido” por las palabras “Cada parte podrá estar representada o asesorada... ella misma haya elegido”. En la segunda frase, se propuso también agregar, después de las palabras “a todas las partes”, las palabras “y al tribunal”, convirtiéndolo así en receptor adicional de la comunicación. Ambas propuestas obtuvieron un amplio apoyo.

45. El Grupo de Trabajo adoptó el artículo 4 con las modificaciones antes mencionadas.

Autoridades designadoras y nominadoras

Artículo 4 *bis*

46. En la disposición que, en la numeración provisional, figura como artículo 4 *bis* se enunciaba el principio de que la autoridad nominadora podía ser designada por las partes en cualquier momento del procedimiento de arbitraje, y no únicamente en las circunstancias previstas en la versión original del Reglamento. En la disposición se trataba también de poner de relieve, para los usuarios del Reglamento, la importancia de la función que desempeña la autoridad nominadora. El Grupo de Trabajo convino en principio en que se insertara en el Reglamento una disposición por la que se regularan las funciones que desempeñaban respectivamente las autoridades designadoras y nominadoras.

47. El Grupo de Trabajo recordó las deliberaciones que había mantenido en su 46º período de sesiones, en el transcurso de las cuales se había formulado la propuesta de establecer una regla supletoria en virtud de la cual si las partes no podían llegar a un acuerdo sobre la autoridad nominadora, el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje (TPA) asumiera directamente las funciones de autoridad nominadora, en vez de procederse a la designación de tal autoridad (véase A/CN.9/619, párr. 71). Además, el Grupo de Trabajo recordó que, a fin de tener en cuenta las objeciones que suscitó esa propuesta (véase A/CN.9/619, párr. 72), se había formulado una propuesta suplementaria en el sentido de que tal regla supletoria no pudiera aplicarse cuando las partes convinieran expresamente en que el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje no debería ejercer las funciones de autoridad nominadora, o cuando, habida cuenta de las circunstancias, el propio Secretario General de esa entidad considerara que debería designarse otra autoridad nominadora.

48. En el Grupo de Trabajo se reiteraron las mencionadas propuestas. En pro de que se incluyera en el Reglamento la regla supletoria propuesta se argumentó que con ella las partes dispondrían de un procedimiento simple, racionalizado y eficaz. El representante del TPA reiteró que su Secretario General estaba de acuerdo en ejercer las funciones que se le asignaban en el proyecto de revisión del Reglamento y que estaría dispuesto a desempeñar las funciones de autoridad nominadora cuando se diera el caso de que las partes no llegaran a un acuerdo sobre la designación de tal autoridad. Asimismo, el representante del Tribunal Permanente de Arbitraje recordó al Grupo de Trabajo el informe que el Secretario General de esta institución había presentado a la Comisión en su 40º período de sesiones (A/CN.9/634) y en el que se reseñaban las actividades que el TPA había llevado a cabo, desde 1976, en relación con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

49. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 46º período de sesiones, predominó, no obstante, la opinión de que esa propuesta se apartaba, de forma notable e innecesaria, del texto existente del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (véase A/CN.9/619, párrs. 72 a 74). Las delegaciones expresaron opiniones discrepantes acerca de si esta cuestión debía o no debatirse de nuevo en el Grupo de Trabajo.

50. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que tal vez convendría volver a tratar la cuestión, una vez concluida la segunda lectura del Reglamento, sobre la base de una propuesta escrita que se presentara a la Secretaría para que fuera traducida antes del siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo. Se observó asimismo que, independientemente de que en el Grupo de Trabajo pudiera o no llegarse a un consenso acerca de una posible regla supletoria, esta cuestión era de carácter político y únicamente la Comisión podría dirimirla.

Párrafo 1

51. El Grupo de Trabajo convino en que en el párrafo 1 se puntualizara que el Secretario General del TPA estaba expresamente facultado para ejercer las funciones de autoridad nominadora de conformidad con el Reglamento insertando para ello en la disposición una frase en la que se mencionara al Secretario General del TPA como ejemplo de un cargo de una institución que podría hacer las veces de autoridad nominadora. Como detalle de redacción, se propuso que, después de la mención del "Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje", se agregaran las palabras "de La Haya". El Grupo de Trabajo adoptó, con estas modificaciones, el contenido del párrafo 1.

Párrafo 2

52. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 2.

Párrafo 3

53. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 3.

Párrafo 4

54. El Grupo de Trabajo convino en suprimir, en la primera frase del párrafo 4, las palabras ", en la medida en que lo considere posible," y en añadir, al final de esta misma frase, las palabras "de la forma que estime apropiada", a fin de exponer de una manera más clara la facultad discrecional que tiene la autoridad nominadora a la hora de recabar las opiniones de las partes.

Párrafo 5

55. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 5.

Párrafo 6

56. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 6.

Sección II. Composición del tribunal arbitral

Número de árbitros

Artículo 5

57. El Grupo de Trabajo examinó las dos opciones o variantes que, sobre el número de árbitros, se exponían en el artículo 5 y que eran fruto de las

deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones (véase A/CN.9/619, párrs. 79 a 82). Ambas opciones recibieron apoyo.

58. La opción 1 prevé que si las partes no llegan a un acuerdo sobre el número de árbitros en el plazo de 30 días a partir de la fecha de recepción por el demandado de la notificación del arbitraje, se nombrarán tres árbitros. Algunas delegaciones se manifestaron a favor de esta opción por estimar que la introducción en el Reglamento de una regla supletoria que previera el nombramiento de un tribunal arbitral integrado por tres árbitros daría tal vez una mayor legitimidad a dicho tribunal y ofrecería mejores garantías de imparcialidad y de equidad en los procedimientos cuando las partes no pudieran llegar a un acuerdo sobre el número de árbitros. Se observó que en los casos de arbitraje complejos, una regla supletoria que requiriera un solo árbitro tal vez no resultara viable. Se señaló que la solución consistente en una regla supletoria que previera la constitución de un tribunal integrado por tres árbitros era la que más se ajustaba a la versión original del Reglamento de 1976 y también era la más acorde con lo que preveía el párrafo 2) del artículo 10 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

59. La opción 2 preveía que si las partes no llegaban a un acuerdo sobre el número de árbitros se nombraría un solo árbitro, a menos que el demandante, en su notificación de arbitraje, o el demandado, en el plazo de 30 días a partir de la recepción de la notificación de arbitraje, solicitaran el nombramiento de tres árbitros. Las delegaciones que se declararon partidarias de la opción 2 adujeron que dicha variante permitía evitar la imposición de un tribunal con tres árbitros en casos en que las reclamaciones fueran de escasa entidad. En apoyo de este argumento, se observó que con frecuencia los casos de arbitraje de la CNUDMI de los que se informaba al TPA guardaban relación con controversias en las que las reclamaciones eran de escasa importancia y en las que la imposición de una regla supletoria que previera el nombramiento de tres árbitros podría resultar demasiado onerosa para las partes. Se observó asimismo que la opción 2 resultaba particularmente útil en los casos en que una de las partes no participara en el proceso, pues se brindaba así a la otra parte la oportunidad de decidir el número de árbitros que integrarían el tribunal. No obstante, se señaló también que la opción 2 podría crear una situación de desequilibrio entre las partes, ya que el demandante tenía que decidir, en la etapa de la notificación del arbitraje, si optaba por un tribunal constituido por tres árbitros, mientras que el demandado podía adoptar esta decisión en la etapa ulterior de su respuesta a la notificación de arbitraje, es decir, en un momento en que ya se perfilaba más el grado de complejidad de la controversia.

60. Se formuló otra propuesta consistente en que, si las partes no podían llegar a un acuerdo sobre el número de árbitros, correspondiera a la autoridad nominadora determinar ese número. El Grupo de Trabajo recordó que, en sus períodos de sesiones 45º (A/CN.9/614, párr. 60) y 46º (A/CN.9/619, párr. 80), había rechazado una propuesta similar, pues se había estimado que el hecho de hacer intervenir a la autoridad nominadora en una primera etapa del procedimiento arbitral podría causar demoras innecesarias.

61. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo no pudo adoptar por consenso ninguna de las dos opciones, por lo que decidió mantener en el texto la regla supletoria que figuraba en el artículo 5 de la versión de 1976 del Reglamento, introduciendo sin

embargo los ajustes necesarios para garantizar la coherencia del artículo 5 con otros artículos revisados del Reglamento.

La función de la autoridad nominadora en la determinación del número de árbitros

62. Se expresaron reservas por el hecho de que, en la práctica, la regla supletoria del artículo 5 de la versión original del Reglamento generaba situaciones en que, a pesar de la propuesta formulada por el demandante en su notificación de arbitraje en el sentido de que se nombrara un único árbitro, había que constituir un tribunal con tres árbitros si el demandado no respondía a la propuesta del demandante. Se sugirió que se agregara al texto, ya sea en el artículo 5 o en el artículo 7, una nueva disposición encaminada a hacer frente a la situación concreta en que las partes no hubieran acordado previamente el número de árbitros y el demandado no respondiera a la propuesta del demandante de nombrar un único árbitro. En tales circunstancias, y en caso de que el demandado no nombrara un segundo árbitro, se sugirió que la autoridad nominadora pudiera, a solicitud del demandante, nombrar un único árbitro, si llegaba a la conclusión de que, atendidas las circunstancias del caso, esta solución sería la más apropiada.

63. Esta sugerencia recibió apoyo y, según se opinó, aportaba un útil mecanismo correctivo para el supuesto en que el demandado no participara en el proceso y en que el caso de arbitraje no justificara el nombramiento de un tribunal con tres árbitros. Además, se puso de relieve que la disposición propuesta no ocasionaría demoras, dado que en cualquier caso se solicitaba la intervención de la autoridad nominadora en el proceso de nombramiento. Se observó que, conforme al párrafo 5 del artículo 4 *bis*, la autoridad nominadora dispondría de toda la información pertinente para adoptar su decisión sobre el número de árbitros. En cuanto al lugar de inserción de esa nueva disposición, las delegaciones prefirieron que se incorporara al artículo 5 como nuevo párrafo, y no al artículo 7, pues así sería más lógica la secuencia de las disposiciones.

64. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que redactara una disposición que correspondiera a la propuesta arriba mencionada para que el Grupo de Trabajo pudiera examinarla en su siguiente período de sesiones.

Coherencia entre el artículo 3.5 d) y el artículo 5 respecto de los plazos para la determinación del número de árbitros

65. Se observó que en el apartado d) del párrafo 5 del artículo 3 figuraba una disposición sobre el número de árbitros que podía proponer el demandado, en virtud de la cual este disponía de un plazo de 30 días para formular su propuesta sobre el número de árbitros. En cambio, el artículo 5 preveía un plazo de 15 días a partir de la fecha de notificación del arbitraje; durante ese plazo las partes debían acordar el número de árbitros y, si no lo conseguían, se aplicaba la regla supletoria. Se sostuvo que era preciso resolver el problema que planteaban los plazos dispares previstos en los dos artículos.

66. A este respecto se formularon diversas propuestas, por ejemplo, la de que el plazo de 15 días previsto en el artículo 5 empezara a correr a partir de la fecha de expiración del plazo establecido para dar respuesta a la notificación de arbitraje. Se argumentó que este período adicional era necesario para que las partes pudieran cambiar opiniones al respecto. Se replicó que este plazo adicional de 15 días tal vez

no fuera necesario, dado que el límite de 30 días para dar respuesta a la notificación de arbitraje de conformidad con el párrafo 5 del artículo 3 era suficiente para que las partes trataran de llegar a un acuerdo sobre esta cuestión. Por consiguiente, se propuso omitir toda mención de un plazo en el artículo 5, dado que ese artículo solamente sería aplicable una vez que las partes ya hubieran tenido la oportunidad de intercambiar la notificación de arbitraje y la respuesta a dicha notificación.

67. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió enmendar el apartado c) del párrafo 5 del artículo 3 incorporando a él una remisión al apartado g) del párrafo 3 del artículo 3, con lo cual no quedaría ninguna duda sobre la obligación que tenía el demandado de hacer llegar al demandante una respuesta sobre el número de árbitros. A raíz de esta enmienda se suprimiría el apartado d) del párrafo 5 del artículo 3. Además, se convino en que en el artículo 5 se dispusiera que se aplicaría la regla supletoria de los tres árbitros en el caso de que las partes no consiguieran llegar a un acuerdo sobre el número de árbitros en el plazo de 30 días, fijado en el párrafo 5 del artículo 3, para dar respuesta a la notificación de arbitraje.

Nombramiento de árbitros

Artículo 6

68. Se indicó que las palabras “, a solicitud de una parte,” figuraban en el párrafo 2, pero se habían omitido en el párrafo 1. En aras de la coherencia, se convino en agregar dichas palabras al final del párrafo 1 y en suprimirlas tanto en la primera frase de la parte introductoria del párrafo 2 como al principio del apartado a) del mismo párrafo. El Grupo de Trabajo adoptó, con estas modificaciones, el contenido del artículo 6.

Artículo 7

69. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del artículo 7.

Artículo 7 *bis*

70. Se observó que en el artículo 7 *bis* no figuraba ningún límite temporal. Se respondió que en dicho artículo no era necesario fijar límites de tiempo, ya que no era preciso establecer plazos concretos para el nombramiento de árbitros tratándose de un arbitraje con múltiples partes. Se observó asimismo que la disposición enunciada en el artículo 7 *bis* figuraba comúnmente en los reglamentos de arbitraje internacional de otras instituciones arbitrales y que dicha disposición no planteaba dificultades en la práctica.

71. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del artículo 7 *bis*.

Artículo 8

72. El Grupo de Trabajo recordó que había convenido en suprimir el artículo 8 y en trasladar su contenido al artículo 4 *bis*, relativo a las autoridades designadoras y nominadoras (véase A/CN.9/619, párr. 94).

Recusación de árbitros (artículos 9 a 12)

Artículo 9

Título

73. El Grupo de Trabajo convino en complementar el título de esta sección de modo que dijera "Revelaciones de los árbitros y recusación de árbitros", de modo que se ajuste más al contenido del artículo 9.

Miembros del tribunal arbitral

74. El Grupo de Trabajo convino en que, en la segunda frase del artículo 9, después de las palabras "a las partes", se agregaran las palabras "y a los otros miembros del tribunal arbitral", a fin de dejar claro que un árbitro debería revelar no solo a las partes, sino también a los demás miembros del tribunal arbitral, toda circunstancia que pueda suscitar dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El Grupo de Trabajo adoptó, con esta modificación, el contenido del artículo 9.

Declaraciones modelo de independencia

75. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 46º período de sesiones, había acordado que en el Reglamento se diera orientación sobre el contenido requerido de una revelación presentada, por ejemplo, en forma de un modelo de declaración de independencia adjuntado como nota de pie de página correspondiente al artículo 9 o adjuntado a cualquier material que lo acompañe (véase A/CN.9/619, párrs. 96 a 99).

Título

76. El Grupo de Trabajo convino en que la disposición se titulara "Declaraciones modelo realizables conforme al artículo 9 del Reglamento".

"Imparcial e independiente"

77. Se objetó que los modelos de declaración de independencia no se ajustaban plenamente al artículo 9, ya que en la primera frase de ambas declaraciones el árbitro afirmaba su independencia como tal, pero no hacía ninguna referencia a su imparcialidad. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que la primera frase de ambas declaraciones dijera lo siguiente: "Soy imparcial e independiente de cada una de las partes y mi voluntad es seguir siéndolo".

Contenido de las declaraciones

78. Se estimó que tal vez no fuera apropiado que, en la primera declaración, se combinara una situación en que no había "ninguna circunstancia que revelar" con un enfoque subjetivo consistente en que el árbitro declaraba que, a su saber y entender, no existían circunstancias que pudieran dar lugar a dudas justificadas acerca de su independencia o imparcialidad y que, en la segunda declaración, debiera deducirse necesariamente *a contrario* que las relaciones y circunstancias que se mencionaran podían dar lugar a dudas justificadas. Se sugirió que, a fin de que las dos declaraciones quedaran mejor diferenciadas, en la primera se dejara más clara la ausencia de toda relación entre el árbitro y las partes. Se propuso que la segunda

frase de la primera declaración de independencia se sustituyera por un texto del siguiente tenor: "A mi saber y entender, no existen ni han existido relaciones profesionales, comerciales o de otra índole con las partes, ni otras circunstancias que pudieren dar lugar a dudas justificadas acerca de mi imparcialidad o independencia". Se replicó que era innecesario incorporar esta frase a la primera declaración, cuyo alcance sería demasiado amplio. El Grupo de Trabajo no adoptó esta propuesta.

79. A fin de mitigar esa objeción, el Grupo de Trabajo convino en agregar, en la segunda declaración de independencia titulada "Circunstancias que revelar", una nueva frase, concretamente después de las palabras "[Incluir la declaración]", del siguiente tenor: "Sin embargo, no considero probable que tal circunstancia pueda dar lugar a dudas justificadas acerca de mi imparcialidad o independencia".

80. El Grupo de Trabajo adoptó el contenido de los dos modelos de declaración de independencia, con las enmiendas acordadas que se mencionan en los párrafos anteriores.

Artículo 10

81. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambio alguno el contenido del artículo 10.

Artículo 11

Párrafo 1

82. Se sugirió que, al final del párrafo 1, se agregaran las palabras "o debiera haber tenido conocimiento de ellas", para garantizar que no fuera admisible una notificación de recusación enviada 15 días después de la fecha en que una parte debería haber tenido conocimiento de las circunstancias que motivaron la recusación. Se replicó que correspondería a la parte que recusara al árbitro determinar a partir de qué momento se tenía efectivamente conocimiento de dichas circunstancias. Se observó que esta cuestión podía regularse mejor en el marco del párrafo 2 del artículo 12, relativo a la autoridad nominadora que decida al respecto. El Grupo de Trabajo convino en no incluir en el párrafo 1 las palabras propuestas y en estudiar la posibilidad, cuando se examine el párrafo 2 del artículo 12, de insertar en el Reglamento una disposición basada en un presunto conocimiento de las circunstancias que hubieran dado lugar a la recusación (véanse los párrafos 99 a 102 *infra*).

83. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el párrafo 1.

Párrafo 2

84. El Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras "se hará por escrito y", que figuraban entre corchetes, y en adoptar, con esta modificación, el contenido del párrafo 2.

Párrafo 3

"[todas las demás partes]" "[la parte o las partes que nombraron al árbitro recusado]"

85. El Grupo de Trabajo estudió la cuestión de si, cuando una parte recusara a un árbitro, debía ser indispensable, para que prosperara la recusación, que todas las partes la aceptaran, o de si era suficiente con que consintiera en ello la parte que hubiera nombrado el árbitro objeto de recusación. Las delegaciones se declararon vehementemente partidarias de que se exigiera el acuerdo de todas las partes. Se argumentó que esa solución sería acorde con la que se había adoptado en la versión original del Reglamento, en virtud de la cual "la otra parte" debía aceptar la recusación. Se recordó, por lo demás, que las palabras "todas las demás partes" se habían propuesto con el fin de regular los arbitrajes con múltiples partes.

86. En pro del requisito de que la parte o las partes que hubieran nombrado al árbitro recusado tuvieran que dar su consentimiento, se sostuvo que, en un caso en que hubiera dos demandados, si uno de ellos recusaba al árbitro nombrado por un único demandante, el hecho de exigir la aceptación de todas las partes tendría como consecuencia que el segundo demandado dispondría de un veto provisional sobre la recusación. En tal situación, la parte recusadora se vería obligada a trasladar su impugnación a una autoridad nominadora, a pesar de que el demandante que hubiera nombrado al árbitro que fuera objeto de la recusación aceptara la misma. Esta situación podría darse, por ejemplo, cuando un demandado tuviera interés, por razones tácticas, en demorar el procedimiento arbitral imponiendo un proceso de recusación de mayor duración. Por otra parte, se estimó que tal vez fuera necesario complementar el texto del párrafo con el fin de regular el supuesto en que el árbitro objeto de recusación fuera el único árbitro del tribunal o el árbitro que lo presidiera.

87. Frente a este argumento se observó que, una vez que una parte hubiera nombrado un árbitro, esa parte no debería mantener un mayor vínculo que otras partes con la futura actuación de dicho árbitro en el procedimiento. Se sostuvo que el hecho de hacer una diferenciación entre los árbitros en función de quién los hubiera nombrado iría en contra del principio fundamental en virtud del cual todos los árbitros eran nombrados en pie de igualdad para cumplir los fines generales del arbitraje. Se consideró también que si se exigía el consentimiento de la parte o de las partes que hubieran nombrado al árbitro objeto de recusación, se daría al proceso un mayor grado de complejidad, que resultaba innecesaria, a la hora de abordar situaciones poco frecuentes en la práctica, ya que normalmente los árbitros se plantearían la posibilidad de retirarse voluntariamente. Se sostuvo además que si solo se exigía el acuerdo de la autoridad nominadora para que prosperara la recusación, toda parte que hubiera nombrado un árbitro gozaría del derecho absoluto a impugnar o a destituir dicho árbitro. Por otra parte, se argumentó que, en la práctica, la propuesta de exigir que todas las partes dieran su beneplácito a la recusación resultaba más apropiada para la recusación de árbitros únicos o de árbitros que presidieran el tribunal y que no hubieran sido nombrados por una parte.

88. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en insertar en el texto del párrafo las palabras "todas las demás partes", tal como se proponía en la primera variante entre corchetes de la primera frase del párrafo 3.

Revocación del mandato del árbitro

89. El Grupo de Trabajo analizó la cuestión de si en el párrafo 3 debería decirse explícitamente que, una vez que las partes hubieran acordado la recusación, quedaría revocado el mandato del árbitro, independientemente de que dicho árbitro accediera o no a renunciar. Se estimó que, de aceptarse esta frase suplementaria, podrían omitirse, en el artículo 12, las palabras "y el árbitro recusado no renuncia" (véanse los párrafos 94 a 98 *infra*). Se consideró que esta propuesta brindaba la oportunidad de enunciar con precisión la fecha a partir de la cual el árbitro cesaría en sus funciones. Se observó que esta cuestión era importante en la práctica, concretamente cuando la recusación se produjera durante el proceso arbitral y, por ejemplo, cuando el tribunal arbitral tuviera que dictar medidas cautelares.

90. Esta propuesta suscitó objeciones entre algunas delegaciones, que adujeron que, en determinados ordenamientos jurídicos, el derecho aplicable respecto del mandato de los árbitros consistía también en disposiciones legislativas que no podían simplemente revocarse mediante un acuerdo entre las partes. El Grupo de Trabajo señaló que el hecho de que en el Reglamento no se hiciera ninguna referencia expresa a la revocación del mandato del árbitro no parecía haber planteado muchas dificultades en la práctica y, por ello, estimó que no era necesario agregar al artículo una frase que tratara de la revocación del mandato del árbitro.

91. El Grupo de Trabajo convino en suprimir la última frase del párrafo 3 por ser redundante, habida cuenta del párrafo 1 del artículo 13, que contenía una disposición genérica sobre los procedimientos aplicables en caso de sustitución de un árbitro. A fin de dar mayor claridad al texto en cuanto a la revocación del árbitro y al procedimiento aplicable, el Grupo de Trabajo convino en insertar, al final del párrafo 3, una frase del siguiente tenor: "En ambos casos, el árbitro será sustituido con arreglo al procedimiento enunciado en el artículo 13". El Grupo de Trabajo convino en que se insertaran palabras similares en el artículo 12. Se observó que tales frases suplementarias quizá no resultarían necesarias en los artículos 11 y 12 si la cuestión se regulaba debidamente en el artículo 13.

92. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo adoptó el párrafo 3 con la modificación mencionada en los párrafos 88 y 91 *supra*.

Artículo 12

Párrafo 1

"cualquier parte"

93. El Grupo de Trabajo, ateniéndose a la decisión que había adoptado respecto del párrafo 3 del artículo 11, convino en insertar, en la primera frase del párrafo 1, después de las palabras "notificación de la recusación,", las palabras "cualquier parte" (véanse los párrafos 85 a 88 *supra*).

"y el árbitro recusado no renuncia"

94. Una delegación expresó reparos por estimar que el párrafo 1, en su forma actual, podría entrañar el riesgo de que, en el supuesto excepcional de que un árbitro se negara a renunciar pese a que las partes hubieran acordado aceptar la recusación, tal negativa del árbitro impediría que las partes llevaran adelante la recusación.

A fin de eludir ese riesgo, se sugirió que, en esa frase, se sustituyera la conjunción "y" por la conjunción "o".

95. La propuesta de sustitución de "y" por "o" suscitó objeciones que se justificaron con el argumento de que en la versión original del Reglamento de 1976 se empleaba la conjunción "y" y que ese enunciado nunca había planteado dificultades.

96. En cambio, en apoyo de la mencionada propuesta, se alegó que la conjunción "o" reflejaría mejor la estructura del párrafo 3 del artículo 11, que en su primera frase aludía a la situación en que todas las partes aceptaran la recusación y, en la segunda frase, preveía la posibilidad de que el árbitro renunciara al cargo. Se opinó que en el supuesto en que todas las partes aceptaran la recusación pero el árbitro se negara a renunciar a su mandato, tal árbitro sería de todos modos relevado de su cargo sin necesidad de llevar adelante el procedimiento de recusación. Así pues, el procedimiento aplicable resultaría más claro si se empleaba la conjunción "o".

97. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en sustituir la palabra "y" por "o", en la primera frase del párrafo 1, después de las palabras "no acepta la recusación".

98. El Grupo de Trabajo adoptó el párrafo 1 con las modificaciones antes mencionadas. Se pidió a la Secretaría que estudiara posibles enmiendas de redacción que contribuyeran a simplificar el párrafo.

Párrafo 2

99. Se observó que el párrafo 2 no figuraba en la versión original del Reglamento (1976) y que obedecía al deseo de hacer frente a la posibilidad de que una parte en el procedimiento de recusación recurriera a prácticas abusivas con el fin de retrasar el procedimiento arbitral. Se apoyó la idea de que la autoridad nominadora debería poder tomar en consideración el factor descrito en el párrafo 2 a la hora de decidir si aceptaba o rechazaba una recusación.

100. Algunas delegaciones manifestaron serios reparos acerca del párrafo 2, por estimar que sería de difícil aplicación en la práctica. Esta disposición obligaría a la autoridad nominadora a determinar si la parte que presentara la recusación habría debido conocer los motivos de recusación en una etapa anterior del procedimiento, para lo cual la entidad nominadora debería proceder a indagaciones difíciles de realizar en la práctica. Se señaló que esta disposición era innecesaria, dado que, en cualquier caso, la autoridad nominadora tenía la facultad discrecional para rechazar una recusación por cualquier motivo que estimara apropiado, inclusive en el caso hipotético de que trataba el párrafo 2. Se sostuvo además que dicho párrafo podría limitar, sin pretenderlo, los motivos por los que la autoridad nominadora podría rechazar una recusación. Se argumentó asimismo que la disposición podría tener otra consecuencia no intencionada: una parte podría verse obligada a presentar reclamaciones antes de tiempo para eludir el efecto exclusivo que tenía la disposición. Ese efecto ocasionaría particulares dificultades en los casos de arbitraje en los que intervinieran Estados que en general fueran renuentes a entablar procedimientos de recusación, a menos que se presentaran alegaciones graves cuya veracidad quedara demostrada.

101. Además, se observó que la inclusión en el texto de un mecanismo basado en un supuesto conocimiento de hechos constituiría una novedad para el Reglamento y

podría resultar incompatible con otras disposiciones del mismo como, por ejemplo, con el artículo 30, que regulaba la renuncia a formular objeciones y que se basaba en el conocimiento a ciencia cierta de determinados hechos.

102. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 2.

Sustitución de un árbitro

Artículo 13

Párrafo 1

103. El Grupo de Trabajo examinó el párrafo 1 en el que se establecía una regla general aplicable al procedimiento de sustitución cuando fuera necesario nombrar un árbitro durante el procedimiento arbitral. El Grupo de Trabajo convino en que se sustituyera la referencia a los artículos 6 a 9 por una referencia a los artículos 6, 7 y 7 *bis*. El Grupo de Trabajo aprobó sin más cambios el contenido del párrafo 1.

Párrafos 2 y 3

104. En los párrafos 2 y 3 se regulaba el procedimiento aplicable a la sustitución de un árbitro en el caso de que el árbitro que se tuviera que sustituir hubiera renunciado por razones no válidas, se negara a ejercer sus funciones o no las ejerciera, o en el caso de que su recusación hubiera prosperado. De conformidad con el párrafo 2, en caso de que un árbitro hubiera renunciado por razones carentes de validez o se negara a desempeñar sus funciones o no la desempeñara, la autoridad nominadora podría, previa solicitud de una parte, o bien sustituir a ese árbitro o autorizar a los demás árbitros a continuar con el procedimiento y a dictar la decisión o el laudo que correspondiera. El párrafo 3 disponía que, en tales circunstancias, y también en el caso de que prosperara una recusación efectuada en virtud del artículo 12, la autoridad nominadora debería decidir si sería ella misma la que procedería a sustituir a ese árbitro por otro.

105. Se observó que era importante examinar con gran detenimiento los dos párrafos, ya que, en virtud de ambos, las partes se verían privadas del derecho fundamental a nombrar un árbitro. Por este motivo, se estimó que habría que prever salvaguardias en las dos disposiciones para que únicamente fueran aplicables en circunstancias excepcionales.

106. Se señaló que en el párrafo 2 se regulaban situaciones de distinta índole, entre las cuales figuraban, por un lado, la mala conducta de las partes o de los miembros del tribunal arbitral, y, por otro, el caso en que se impidiera al árbitro ejercer sus funciones por razones legítimas. Se observó que sería preciso enunciar mejor los casos que entrañarían la aplicación del procedimiento excepcional enunciado en el párrafo 2, y que habría que hacer una distinción entre las consecuencias que implicarían esos casos en función de su naturaleza. El Grupo de Trabajo examinó las diversas situaciones sobre las que trataban los párrafos 2 y 3 y procedió seguidamente a analizar las consecuencias de tales situaciones en el procedimiento de sustitución que habría de aplicarse.

Situaciones que traen consigo la aplicación de procedimientos excepcionales para la sustitución de un árbitro

107. El Grupo de Trabajo estudió en primer lugar la situación en que un árbitro se negara a actuar o no actuara y en que, por consiguiente, por alguna razón no necesariamente caracterizada por una mala conducta, no ejerciera sus funciones. Se señalaron al Grupo de Trabajo situaciones objetivas en las que la autoridad nominadora habría de efectuar el nombramiento, por ejemplo, cuando un árbitro se viera impedido a participar en el procedimiento a raíz de una decisión judicial o de otra autoridad pública. A la pregunta de si, en tales circunstancias, debería hacerse una distinción en el Reglamento entre una ausencia temporal y una ausencia duradera del árbitro, se respondió que tal distinción podría complicar el mecanismo y que no solía hacerse en los reglamentos de arbitraje internacional. Se indicó que, en el párrafo 2 del artículo 13 de la versión original del Reglamento (1976), se disponía tan solo que debería aplicarse el procedimiento para la recusación y sustitución de un árbitro. Se mencionó que existía una disposición similar, concretamente en el artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

108. En aras de la coherencia en la estructura de los artículos 12 y 13 del Reglamento, se sugirió que se agregara un párrafo al artículo 12 que dispusiera que, en caso de que un árbitro no actuara o de que este se viera *de jure* o *de facto* imposibilitado para desempeñar sus funciones, habría que aplicar el procedimiento previsto para la recusación de árbitros. El Grupo de Trabajo aprobó esta propuesta.

109. Respecto de la situación en que un árbitro tuviera que ser sustituido a causa de su renuncia o de que no actuara o se negara a actuar por razones no válidas, se expresaron reservas acerca de la expresión “razones no válidas”. Se sostuvo que el concepto de “no válido” era vago y que podía dar pie a interpretaciones divergentes. Se propuso sustituir el calificativo por otros, como “insuficientes”, “insostenibles”, “injustificadas”, u “objetivamente frívolas”. Se observó que el concepto de la validez de los motivos se enunciaba, de forma ligeramente distinta, en otros instrumentos de la CNUDMI, como en el párrafo 2) del artículo 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, donde no habían surgido dificultades de interpretación. Se sugirió redactar la frase de forma positiva con términos como “sin razones válidas”, a fin de poner de relieve que los árbitros que desistieran de sus funciones deberían justificar su actitud. Se sugirió que se formulara un requisito en términos más exigentes, por ejemplo, insertando, antes de “sin razones válidas”, las palabras “manifiestamente” y “en circunstancias excepcionales”.

110. Se propuso que se recurriera al concepto de “conducta indebida”, pues se estimaba que tal expresión englobaba mejor las situaciones de abusos y manipulación, que tal vez no quedarían comprendidas en el concepto de “razones no válidas”. Se formularon objeciones acerca de esta propuesta, que se fundamentaron con el argumento de que, si se tenían en cuenta además algunas de las variantes propuestas en el párrafo anterior, el concepto de “conducta indebida” implicaba una valoración subjetiva de la conducta del árbitro por parte de la autoridad nominadora, lo cual podría ir en detrimento de los objetivos de previsibilidad y coherencia en la aplicación del Reglamento, particularmente cuando las autoridades nominadoras tuvieran poca experiencia. Se sostuvo que los términos empleados deberían

especificar qué situación traería consigo la intervención de la autoridad nominadora, en vez de hacer referencia a un comportamiento culposo de una parte.

Poder discrecional de la autoridad nominadora para sustituir a un árbitro por otro y para decidir que un tribunal incompleto continúe con el procedimiento

111. Se observó que existían dos posibilidades: optar por una descripción genérica de los supuestos en que una parte debería verse privada del derecho a nombrar un árbitro en sustitución de otro, o hacer una enumeración de tales supuestos. Recibió cierto apoyo la opción de adoptar un enfoque genérico mediante el cual se diera a la autoridad nominadora un amplio poder discrecional para decidir si procedía ella misma a la sustitución del árbitro, siempre que se puntualizara que tal poder solo podría ejercerse en circunstancias excepcionales. Se consideró que la necesidad de nombrar directamente un árbitro podría plantearse en diversas situaciones, y no únicamente en caso de mala conducta de una parte o de un árbitro. Según una delegación, independientemente de que se adoptara o no una disposición concreta en el marco del artículo 13, el poder discrecional de la autoridad nominadora, reconocido de forma general en el Reglamento, era suficientemente amplio, de modo que dicha autoridad podía adoptar iniciativas con miras a la sustitución de un árbitro.

112. Hubo discrepancias sobre la posibilidad de ampliar el poder discrecional de la autoridad nominadora para proceder ella misma al nombramiento de un árbitro en sustitución de otro. Se subrayó que solo debería poder privarse a una parte de su derecho a nombrar un árbitro cuando tal medida representara una sanción a raíz de un mal comportamiento de una parte o de un árbitro. Se replicó que con esa disposición se pretendía lograr que la sustitución de un árbitro se efectuara con la máxima eficacia y que, por lo tanto, el artículo no guardara ninguna relación con el concepto de sanción. En apoyo de la segunda opción, consistente en que se enumeraran los supuestos en que una parte se vería privada del derecho a nombrar un árbitro en sustitución de otro, se argumentó que tal enumeración ofrecería a las partes mayores salvaguardias. No obstante, predominó la opinión de que una disposición que permitiera a la autoridad nominadora proceder ella misma al nombramiento directo de un árbitro debería limitarse a los casos de conducta indebida y debería seguir teniendo un carácter genérico para así abarcar todos los posibles supuestos.

113. Se opinó que la disposición del párrafo 2 relativa a la continuación del procedimiento a cargo de un tribunal incompleto debería centrarse en las escasas circunstancias en que sería aplicable el mecanismo del tribunal incompleto. Se convino en que en la disposición se especificara el tipo de conducta a raíz de la cual fuera aplicable el mecanismo y también a partir de qué momento podría empezar a aplicarse (por ejemplo, únicamente cuando hubieran concluido las audiencias, o tal vez antes). Se convino en que una disposición que permitiera a la autoridad nominadora optar por la continuación del procedimiento arbitral a cargo de un tribunal incompleto debería prever todas las limitaciones necesarias, de modo que esta decisión solo pudiera adoptarse en circunstancias excepcionales y teniendo en cuenta la etapa en que se encontrara el procedimiento. Se observó que existían otros reglamentos de arbitraje internacional que regulaban la cuestión de un tribunal incompleto, concretamente el reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“el reglamento de la CCI”) y el de la *American Arbitration*

Association ("el reglamento de la AAA"). Se recordó que el artículo 10 del reglamento de la AAA preveía, entre otras cosas, que el administrador determinaría si los motivos para aceptar la renuncia de un árbitro eran suficientes.

114. Se sugirió que se fijaran unos plazos más estrictos para la aplicación del mecanismo, de modo que tal aplicación solo pudiera tener lugar, por ejemplo, una vez que se hubieran concluido las audiencias. Se señaló que, de conformidad con el reglamento de la CCI, solo era posible adoptar una decisión sobre el establecimiento de un tribunal incompleto al término del procedimiento. Se respondió recordando al Grupo de Trabajo que uno de los objetivos de la revisión del Reglamento de la CNUDMI era prever una mayor flexibilidad a la hora de establecer un tribunal incompleto, a fin de poder hacer frente a las dificultades que surgieran en la práctica en caso de que un árbitro desistiera en cualquier etapa del procedimiento arbitral.

Propuesta

115. A fin de responder a las diversas inquietudes expresadas respecto de los párrafos 2 y 3, se propuso sustituir los dos párrafos por uno solo que dijera: "Si, a instancia de una de las partes, la autoridad nominadora determina que la sustitución de un árbitro está motivada por alguna actuación indebida en circunstancias que justifiquen la pérdida del derecho de una de las partes a sustituir dicho árbitro, la autoridad nominadora podrá, tras haber dado a las partes, a los árbitros y al árbitro sustituido la oportunidad de ser oídos: a) proceder por sí misma a efectuar el nombramiento del árbitro reemplazante; o b), si dicho caso se plantea en una etapa avanzada de las actuaciones, autorizar a los demás árbitros a proseguir con el arbitraje y a dictar toda decisión o laudo que proceda".

116. Dicha propuesta obtuvo apoyo general, aun cuando se hicieron algunas observaciones acerca de su formulación. Concretamente, se señaló que la propuesta hablaba de una "actuación indebida en circunstancias (que justifiquen...)", noción que podría resultar demasiado vaga. Se sugirió hablar en su lugar de una "actuación que justifique que se prive a una de las partes de su derecho a designar al árbitro reemplazante". Se observó que tal vez no era apropiado decir que una parte se veía privada del "derecho" a nombrar un árbitro en sustitución de otro y que quizá se daría al texto un sentido más adecuado si se hablaba de que dicha parte perdía "la oportunidad" de hacerlo. Se sugirió también como variante sustituir las palabras "actuación indebida en circunstancias..." por "una tentativa de obstruir las actuaciones". Se observó que con una referencia genérica a una "actuación indebida" no se precisaba quién había de ser el responsable de esa actuación, que pudiera ser únicamente el árbitro o alguna de las partes también. Frente a este argumento, se sostuvo que tal vez fuera adecuado que la propia autoridad nominadora nombrara el árbitro o autorizara a un tribunal incompleto a llevar adelante el procedimiento en caso de conducta indebida de un árbitro en las circunstancias que justificaran que una parte perdiera el derecho a nombrar un árbitro en sustitución de otro. Se sugirió hablar de "circunstancias excepcionales" para delimitar mejor las condiciones en las que sería aplicable lo dispuesto en los apartados a) y b). Se cuestionó la necesidad de dar al árbitro sustituido la oportunidad de ser oído. Se opinó que el concepto de "etapa avanzada de las actuaciones" resultaba ambiguo, por lo que debería sustituirse por otra fórmula como la de "al irse a clausurar las actuaciones" o "en una etapa muy avanzada del procedimiento".

117. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de la propuesta presentada más arriba en el párrafo 115, a fin de que el Grupo de Trabajo la examinara en una etapa ulterior de su labor.

Repetición de las audiencias en caso de sustitución de un árbitro

Artículo 14

118. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del artículo 14, sin modificar su texto.

Sección III. Procedimiento arbitral

Disposiciones generales: artículo 15

Párrafo 1

119. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 1 sin modificar su texto.

Párrafo 1 bis

120. Se aclaró que el párrafo 1 *bis* sería únicamente aplicable a los plazos procesales previstos y no a los plazos concernientes a las cuestiones de fondo que fueran objeto de litigio.

121. Respecto del párrafo 1 *bis* se expresó la inquietud de que la regla en él formulada suscitara dificultades prácticas en todo supuesto en el que el derecho procesal del país donde se celebrara el arbitraje no permitiera que los árbitros prorrogaran algún plazo del procedimiento. Frente a ese reparo se indicó que la práctica de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), que prorrogaba a menudo los plazos prescritos para el procedimiento, no parecía haber causado problemas y que en el artículo 1 del Reglamento ya se había dado cabida a la cuestión de las disposiciones del derecho interno a las que las partes no pudieran hacer excepción.

122. Otra objeción fue la de que el texto actual del párrafo 1 *bis* hablaba de que se invitara a las partes a dar a conocer su parecer únicamente en el supuesto de que se fuera a abreviar o a prorrogar un plazo estipulado por las partes, conforme a lo previsto en el apartado b), pero no en el supuesto de que el plazo prorrogado fuera un plazo prescrito por el Reglamento, conforme a lo previsto en el apartado a). Se observó que el derecho a ser oído era un derecho fundamental de las partes en un litigio, por lo que debería aplicarse a los supuestos previstos en ambos apartados. De modo más general, se dijo además que ese derecho era aplicable con arreglo al Reglamento en otros muchos casos, y que tal vez no procediera mencionarlo expresamente solo en el párrafo 1 *bis*. Se propuso por ello suprimir dicha mención explícita. Ahora bien, se opinó en general que pudiera ser importante señalar a los tribunales arbitrales la importancia de no modificar plazo alguno sin haber dado previamente la palabra a las partes.

123. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que se invitara a las partes a dar a conocer su parecer en los dos casos expuestos, por lo que procedía

modificar la redacción insertando la frase “, tras invitar a las partes a dar a conocer su parecer al respecto,” a continuación de las palabras “el tribunal arbitral podrá”.

124. Se insistió ante el Grupo de Trabajo en la necesidad de que el tribunal arbitral proceda con la debida prudencia al prorrogar o abreviar algún plazo, dado que su decisión se estaría apartando de lo estipulado por las partes. Se observó además que el texto actual se prestaba a una interpretación demasiado laxa, lo que pudiera resultar particularmente peligroso en casos en los que los árbitros carecieran de experiencia. Se sugirió, en respuesta a dichas inquietudes, que se limitara la discrecionalidad del tribunal arbitral insertando palabras como “en caso de ser necesario”, “en supuestos excepcionales” o, por referencia al artículo 23, “de haber algún motivo que lo justifique”.

125. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 1 *bis* con la modificación mencionada en el párrafo 123.

Párrafo 2

126. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 2 sin modificación alguna.

Párrafo 3

127. Se observó que toda comunicación que una parte fuera a presentar al tribunal arbitral no sería necesariamente comunicable simultáneamente a las demás partes, conforme a lo prescrito en el párrafo 3. Se citó, por ejemplo, el caso en que una parte solicitara al tribunal arbitral que dictara una orden preliminar. Se sugirió por ello que o bien se suprimiera por completo el párrafo 3 o que se suprimiera, al menos, la palabra “simultáneamente”. Se respondió que esa supresión sería contraria a la práctica habitualmente seguida en el arbitraje internacional consistente en que toda comunicación sea simultáneamente enviada al tribunal arbitral y a las demás partes. Se observó además que esa práctica facilitaba el curso del procedimiento, por lo que no debería modificarse. A fin de conciliar estos dos pareceres, se sugirió que en el párrafo 3 se insertaran palabras del siguiente tenor: “salvo autorización en contrario del tribunal arbitral o prescripción en contrario del Reglamento”. Dicha propuesta obtuvo el debido apoyo, por lo que, tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que la Secretaría preparase una versión revisada de este párrafo ateniéndose a las anteriores sugerencias.

Párrafo 4

128. La finalidad del párrafo 4 examinado por el Grupo de Trabajo era permitir que una o más personas intervinieran como partes en el arbitraje, siempre y cuando dichas personas fueran también partes en el acuerdo de arbitraje y hubieran expresado su conformidad al respecto. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 46º período de sesiones, había convenido en que la disposición sobre la posibilidad de unirse a un procedimiento constituiría una importante modificación del Reglamento, y había tomado nota de las opiniones discrepantes que se habían expresado sobre esa cuestión (véase A/CN.9/619, párr. 126).

“*y haya expresado su conformidad*”

129. Se recordó que, en la versión inglesa, para el concepto de “terceros” se habían empleado en el párrafo los términos “third person”, en vez de “third party”, en

reconocimiento del hecho de que el tercero que se uniera al procedimiento de arbitraje era parte en el acuerdo de arbitraje. El Grupo de Trabajo convino en que la parte que se uniera al procedimiento debería ser también parte en el acuerdo de arbitraje, por lo que, en la versión inglesa, deberían seguir evitándose los términos "third party".

130. Se formuló la propuesta de que, en la primera frase del párrafo 4, se suprimiera la frase "y haya expresado su conformidad". Se observó que esa frase no sería necesaria, puesto que en la disposición ya se exigía que la parte que se uniera al procedimiento fuera también parte en el acuerdo de arbitraje. El acuerdo de las partes de que se aplicara el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI implicaría que dichas partes daban también su consentimiento para la aplicación de la disposición sobre la adhesión de terceros al procedimiento y para la posibilidad de que el tribunal arbitral se constituyera sin el consentimiento de dichas partes. El requisito de que la parte que se deseara unir al procedimiento tuviera que dar también su conformidad brindaría a dicha parte un derecho de veto, lo cual tal vez no estaría justificado.

131. Se expresó el temor de que, el hecho de que la parte que se quisiera hacer intervenir en el procedimiento no tuviera que dar su consentimiento explícito pudiera tener como consecuencia que, en la etapa del reconocimiento y de la ejecución del laudo arbitral, dicha parte pudiera aducir que no participó en la constitución del tribunal arbitral y que, por consiguiente, dicho tribunal no se había formado con el consentimiento de las partes.

132. Se formularon diversas sugerencias para paliar ese problema. Por ejemplo, se propuso que se insertara en el artículo 3 una disposición en virtud de la cual las partes que se plantearan la posibilidad de solicitar la adhesión de otra parte al procedimiento hicieran tal solicitud en una fase inicial del mismo, antes de que se constituyera el tribunal arbitral. Se observó que tal vez esa solución no resultara viable en todas las circunstancias.

133. Se señaló que tal vez el artículo 20 del Reglamento preveía ya una solución para este problema, pues disponía que cualquiera de las partes podría modificar o complementar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considerara que no correspondía permitir esa modificación en razón del perjuicio que pudiere causar a otras partes o por cualesquiera otras circunstancias.

134. Se formuló otra propuesta con el fin de resolver expresamente el problema que planteaba la disposición sobre la adhesión, concretamente sustituyendo las palabras "y haya expresado su conformidad" por un texto del siguiente tenor: ", a menos que el tribunal, tras haber dado a todas las partes la oportunidad de ser oídas, inclusive a la persona que haya de adherirse al procedimiento, llegue a la conclusión de que no procede autorizar tal adhesión por los perjuicios que pueda causar a alguna de esas partes". Tras deliberar, el Grupo de Trabajo decidió que debería aclararse que un tribunal arbitral puede decidir si puede hacerse que una parte se una a un procedimiento sin el consentimiento de dicha parte, pero que, antes de adoptar su decisión, el tribunal debería dar a esa parte la oportunidad de ser oída y debería decidir sobre los eventuales perjuicios. Se pidió a la Secretaría que preparara un texto que reflejara esa idea. Se sugirió también que se ampliara el alcance del texto propuesto haciendo referencia a "todas las circunstancias que el tribunal arbitral

estime pertinentes y aplicables", siguiendo la pauta del artículo 4.2 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional. Esta sugerencia no fue adoptada.

135. El Grupo de Trabajo acordó insertar, en la segunda frase del párrafo 4, después de las palabras "el laudo", las palabras "o los laudos".

Lugar del arbitraje

Artículo 16

Párrafo 1

136. El Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras "la conveniencia de las partes", por estimar que no se justificaba mencionar una sola circunstancia, ya que podrían darse circunstancias más importantes. El Grupo de Trabajo adoptó el contenido del párrafo 1, pero sin las palabras ", incluida la conveniencia de las partes".

Párrafo 2

137. Se expresaron reparos, pues se consideró que el texto del párrafo 2 daba a entender que los árbitros no podían reunirse libremente en cualquier lugar, a menos que las partes convinieran otra cosa. A fin de paliar el problema, se sugirió que se dividiera el párrafo en dos frases, especificándose que los árbitros podrían deliberar en cualquier lugar que estimaran apropiado. El Grupo de Trabajo adoptó esta propuesta.

138. Se sugirió que se suprimiera la palabra "consultas", pues resultaba redundante junto a las palabras "reuniones y deliberaciones". El Grupo de Trabajo adoptó esta sugerencia.

139. En aras de la claridad, el Grupo de Trabajo acordó asimismo que se suprimieran las palabras "No obstante lo dispuesto en el párrafo 1,". El Grupo de trabajo adoptó el contenido del párrafo 2 con las modificaciones mencionadas.

Idioma

Artículo 17

140. El Grupo de Trabajo recordó su decisión de suprimir del Reglamento toda referencia a la palabra "idioma" en plural (véase A/CN.9/619, párr. 145). Se informó al Grupo de Trabajo que ese cambio en el artículo 17 podría tener la consecuencia negativa de privar al tribunal arbitral de la posibilidad de trabajar en más de un idioma.

141. El Grupo de Trabajo adoptó el contenido del artículo 17 con las referencias a "idiomas" en plural.

B. Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 49º período de sesiones

(A/CN.9/WG.II/WP.151 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Proyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	1-39
	Sección I. Disposiciones introductorias (artículo 1 a artículo 4 *bis*)	1-16
	Sección II. Composición del tribunal arbitral (artículo 5 a artículo 14)	17-33
	Sección III. Procedimiento arbitral (artículo 15 a artículo 17)	34-39

I. Introducción

1. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión acordó que, en lo concerniente a la labor futura del Grupo de Trabajo, se diera prioridad a una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) (en adelante "el Reglamento de la CNUDMI" o "el Reglamento") [1]. En su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007), la Comisión observó que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no había sido enmendado desde su aprobación en 1976 y, al ser revisado, debería tratarse de actualizarlo, así como de fomentar una mayor eficiencia en el proceso arbitral. La Comisión convino en general en que el mandato encomendado al Grupo de Trabajo de mantener la estructura y espíritu originarios del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI había proporcionado al Grupo de Trabajo indicaciones útiles en las deliberaciones que había mantenido hasta la fecha y en que debería seguir siendo el principio rector de su labor[2]. En su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008), la Comisión expresó la esperanza de que el Grupo de Trabajo finalizara su labor de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma genérica

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 182 a 187.

[2] *Ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17), primera parte, párr. 175.

de manera que el análisis final y la aprobación del Reglamento revisado pudiera efectuarse en el 42º período de sesiones de la Comisión, en 2009[3].

2. En su 45º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006), el Grupo de Trabajo se ocupó de determinar los aspectos en que pudiera resultar útil revisar el Reglamento de la CNUDMI. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo dio indicaciones preliminares respecto de diversas opciones presentadas en las propuestas de revisión que deberían analizarse, sobre la base de los documentos A/CN.9/WG.II/WP.143 y Add.1, para que la Secretaría pudiese preparar un proyecto de revisión del Reglamento teniendo en cuenta esas indicaciones. El informe de ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/614. En sus períodos de sesiones 46º (Nueva York, 5 a 9 de febrero de 2007), 47º (Viena, 10 a 14 de septiembre de 2007) y 48º (Nueva York, 4 a 8 de febrero de 2008), el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de revisión del Reglamento, que figuraba en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.145 y Add.1. Los informes sobre esos períodos de sesiones figuran en los documentos A/CN.9/619, A/CN.9/641 y A/CN.9/646, respectivamente.

3. La presente nota contiene un proyecto anotado de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, basado en las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 46º a 48º y en las observaciones recibidas por la Secretaría en ocasión de las conferencias y reuniones organizadas para estudiar la revisión del Reglamento. Se ha preparado a fin de someterlo a la consideración del Grupo de Trabajo para una segunda lectura de la versión revisada del Reglamento, en vez de los documentos A/CN.9/WG.II/WP.147 y Add.1, y A/CN.9/WG.II/WP.149, porque parecía más claro proponer un proyecto completo del Reglamento revisado, en vez de ir agregando anotaciones y observaciones a esos documentos anteriores. La presente nota abarca los proyectos de artículos 1 a 17 de la versión revisada del Reglamento. Los proyectos de artículos 18 a 41 y los proyectos de disposiciones adicionales se tratan en el documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1.

II. Proyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Sección I. Disposiciones introductorias

Ámbito de aplicación

Artículo 1

1. Cuando las partes hayan acordado que los litigios entre ellas, que dimanen de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar. **[1]**

1 *bis*. A menos que las partes hayan acordado someterse a otra versión del Reglamento, se considerará que las partes en un acuerdo de arbitraje

[3] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párrs. 308 a 316.

concertado después de [la fecha de adopción por la CNUDMI de la versión revisada del Reglamento] se someterán al Reglamento que sea aplicable en la fecha de apertura del procedimiento de arbitraje. Esa presunción no se aplicará cuando el acuerdo de arbitraje se haya concertado aceptando después de [fecha de adopción por la CNUDMI de la versión revisada del Reglamento] una oferta hecha antes de esa fecha. **[2]**

2. Este Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición. **[3]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 1

1. En su 48º período de sesiones el Grupo de Trabajo no modificó el contenido del párrafo 1 (A/CN.9/646, párr. 71).

2. Las disposiciones del párrafo 1 *bis* no figuraban en la versión del Reglamento de 1976. Ese párrafo tiene por objeto determinar qué versión del Reglamento se aplica a los procedimientos de arbitraje. El proyecto propuesto se basa en las deliberaciones celebradas por el Grupo de Trabajo en su 48º período de sesiones (A/CN.9/646, párrs. 72 a 77). Contiene una presunción encaminada a dar orientaciones a los árbitros en caso de que las partes no hayan indicado expresamente qué versión del Reglamento se aplicará. La presunción de que las partes se someten al Reglamento que sea aplicable en la fecha de apertura del procedimiento de arbitraje no solo se aplica a los acuerdos de arbitraje concertados después de la adopción de la versión revisada del Reglamento. La presunción no se aplica cuando una o más partes celebran un acuerdo de arbitraje aceptando una oferta abierta de someter el litigio a arbitraje formulada por otra parte u otras partes antes de la fecha de adopción de la versión revisada del Reglamento (A/CN.9/646, párrs. 75 y 76).

3. El texto del párrafo 2 se reproduce, sin modificación alguna, tal como figura en la versión del Reglamento de 1976 y fue aprobado por el Grupo de Trabajo en su 48º período de sesiones (A/CN.9/646, párr. 78).

*** MODELO DE CLÁUSULA COMPROMISORIA PARA CONTRATOS [4]**

Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Nota – Las partes tal vez deseen considerar agregar lo siguiente: **[5]**

a) La autoridad nominadora será ... (nombre de la institución o persona);

b) El número de árbitros será de ... (uno o tres);

c) El lugar del arbitraje será ... (ciudad y país);

d) El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será ... .

Observaciones sobre el modelo de cláusula compromisoria

4. El texto del proyecto de modelo de cláusula compromisoria fue aprobado por el Grupo de Trabajo en su 48º período de sesiones (A/CN.9/646, párr. 79).

5. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si las palabras "tal vez deseen considerar" que figuran en el epígrafe introductorio de la nota del modelo de cláusula compromisoria deberían reemplazarse por las palabras "deberán", para indicar a las partes la importancia de acordar los asuntos enumerados.

Notificación, cómputo de los plazos

Artículo 2

1. Para los fines del presente Reglamento, se considerará que toda notificación, incluso una nota, comunicación o propuesta, se ha recibido si se entrega personalmente al destinatario, o si se entrega en su residencia habitual, establecimiento de sus negocios o dirección indicada, o, si no fuera posible averiguar ninguno de ellos después de una indagación razonable, en su última residencia habitual o en el último establecimiento conocido de sus negocios. La notificación se considerará recibida el día en que haya sido así entregada. **[6]**

[1 *bis*. Toda notificación, incluso una nota, comunicación o propuesta, deberá hacerse por correo certificado, mediante envío con acuse de recibo, servicio de mensajería, o por télex, telefax o cualquier otro medio de telecomunicación, incluidos los medios electrónicos de comunicación, que deje constancia de su transmisión.] **[7]**

2. Para los fines del cómputo de un plazo establecido en el presente Reglamento, tal plazo comenzará a correr desde el día siguiente a aquel en que se reciba una notificación, nota, comunicación o propuesta. Si el último día de ese plazo es día feriado o no laborable en la residencia o establecimiento de los negocios del destinatario, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Los demás días feriados o no laborables que pueda haber durante el transcurso del plazo se incluirán en el cómputo del plazo. **[8]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 2

6. En el párrafo 1 se recogen las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 48º período de sesiones de no suprimir la palabra "personalmente" y de hablar de una "dirección indicada" en vez de hacer referencia a una dirección postal (A/CN.9/646, párrs. 80 a 82). Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si en el párrafo 1 deberían abordarse expresamente los casos en que no se consiga entregar una notificación, enmendando ese párrafo como se indica en negritas: "Para los fines del presente Reglamento, se considerará que toda notificación, incluso una nota, comunicación o propuesta, se ha recibido si se entrega personalmente al destinatario, o si se entrega en su residencia habitual, establecimiento de negocios o dirección indicada. **Si** no fuera posible averiguar ninguno de ellos después de una indagación razonable, **se efectuará o se tratará de efectuar la entrega** en la última

residencia habitual o en el último establecimiento conocido de sus negocios. La notificación se considerará recibida el día **en que se haya efectuado la entrega o se haya tratado de efectuarla**".

7. Las disposiciones del párrafo 1 *bis* no figuraban en la versión del Reglamento de 1976. Ese párrafo tiene por finalidad reflejar la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de incluir expresamente un texto que autorice las formas de comunicación electrónicas, así como otras formas tradicionales de comunicación (A/CN.9/614, párr. 39). El texto propuesto, que corresponde a la disposición comúnmente adoptada en otros reglamentos de arbitraje, no prevé una solución plenamente satisfactoria a la cuestión de tener prueba o constancia de la recepción o el envío de la comunicación. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si debería agregarse una disposición de esa índole en el Reglamento, considerando que el párrafo 1 abarca todo tipo de comunicaciones, tradicionales o electrónicas, y que la inexistencia de una disposición de ese tipo no parece haber creado dificultades en el pasado.

8. El texto del párrafo 2 se reproduce tal y como figura en la versión del Reglamento de 1976 y fue aprobado por el Grupo de Trabajo en su 48º período de sesiones (A/CN.9/646, párr. 84).

Notificación del arbitraje y respuesta a la notificación del arbitraje

Artículo 3

1. La parte o las partes que inicialmente recurran al arbitraje (en adelante denominadas "demandante") deberán notificarlo a la otra parte o a las otras partes (en adelante denominadas "demandado"). **[9]**

2. Se considerará que el procedimiento arbitral se inicia en la fecha en que la notificación del arbitraje es recibida por el demandado. **[10]**

3. La notificación del arbitraje contendrá la información siguiente: **[11]**

a) Una petición de que el litigio se someta a arbitraje;

b) El nombre de las partes y los datos para establecer contacto con ellas;

c) Una especificación del acuerdo de arbitraje que se invoca;

d) Una especificación de todo contrato u otro instrumento jurídico que haya dado origen al litigio o que tenga vinculación con él o, a falta de contrato o de otro instrumento jurídico, una breve descripción de la relación de que se trate;

e) Una breve descripción de la demanda y, si procede, una indicación del monto reclamado;

f) El objeto de la demanda;

g) Una propuesta sobre el número de árbitros, el idioma y el lugar de arbitraje, cuando las partes no hayan convenido antes en ello.

4. La notificación del arbitraje podrá contener asimismo:

a) La propuesta relativa al nombramiento de la autoridad nominadora mencionada en el párrafo 1 del artículo 4 *bis*;

a *bis*) La propuesta relativa al nombramiento de un único árbitro mencionada en el párrafo 1 del artículo 6;

b) La notificación relativa al nombramiento del árbitro mencionada en el artículo 7 o en el artículo 7 *bis* [;

c) El escrito de demanda mencionado en el artículo 18.] **[12]**

5. En el plazo de 30 días a partir de la fecha de recepción de la notificación del arbitraje, el demandado deberá comunicar al demandante la respuesta a la notificación del arbitraje, en la que figurará [, en la medida de lo posible,] la siguiente información: **[13]**

a) Toda excepción de incompetencia del tribunal arbitral que se haya constituido con arreglo a lo dispuesto en el presente Reglamento;

b) El nombre completo de cada demandado y los datos para establecer contacto con él;

c) La respuesta a la información consignada en la notificación del arbitraje, con arreglo a lo dispuesto en los apartados c), d), e) y f) del párrafo 3 del artículo 3;

d) Una propuesta sobre el número de árbitros y el idioma y el lugar del arbitraje, cuando las partes no hayan convenido antes en ello.

6. La respuesta a la notificación del arbitraje podrá contener asimismo:

a) La propuesta relativa al nombramiento de la autoridad nominadora mencionada en el párrafo 1 del artículo 4 *bis*;

b) La propuesta relativa al nombramiento de un único árbitro mencionada en el párrafo 1 del artículo 6;

c) La notificación de la designación de un árbitro prevista en el artículo 7 o en el artículo 7 *bis*;

d) Una breve descripción de toda reconvención o demanda hecha a valer a efectos de compensación que puedan haberse formulado, y también, si procede, la indicación de los montos reclamados, y el objeto de la demanda.

7. La constitución del tribunal arbitral no se verá obstaculizada por: a) controversia alguna suscitada por la suficiencia o insuficiencia de los datos consignados en la notificación del arbitraje, que el tribunal arbitral habrá de resolver definitivamente; o b) el hecho de que el demandado no responda a la notificación de arbitraje. En cualquiera de esos casos, el tribunal arbitral procederá tal como considere apropiado. **[14]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 3

9. En el párrafo 1 se han agregado las palabras “o las otras partes” para abarcar el arbitraje con múltiples partes, tal como decidió el Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones (A/CN.9/619, párr. 51).

10. El texto del párrafo 2, sin ninguna modificación, se reproduce tal como figura en la versión del Reglamento de 1976 y fue aprobado por el Grupo de Trabajo.

11. El párrafo 3 incluye las modificaciones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones (A/CN.9/619, párrs. 52 y 54).

12. En su 46º período de sesiones el Grupo de Trabajo convino en seguir examinando si la decisión del demandante de que su notificación del arbitraje constituiría su escrito de demanda se debía aplazar hasta la etapa del procedimiento señalada en el artículo 18 (A/CN.9/619, párr. 57). Si se mantiene esa opción, el apartado c) del párrafo 4 se podría suprimir y podría agregarse la disposición siguiente al artículo 18: "El demandante podrá optar por considerar que su notificación del arbitraje en el párrafo 3 del artículo 3 constituirá su escrito de demanda" (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, párr. 1). Entonces se propondría una solución similar en relación con la respuesta a la notificación del arbitraje, en cuyo caso se daría al demandado la oportunidad de decidir si debería considerarse que su respuesta a la notificación del arbitraje constituirá su contestación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19. Se agregaría al artículo 19 el párrafo siguiente: "El demandado podrá optar por considerar que su respuesta a la notificación del arbitraje en el párrafo 5 del artículo 3 constituirá su contestación" (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, párr. 2).

13. Los párrafos 5 y 6, que se refieren a la respuesta a la notificación del arbitraje, no figuraban en la versión del Reglamento de 1976 y en el proyecto se han tenido en cuenta las observaciones formuladas por el Grupo de Trabajo de que se utilizaran términos más precisos (A/CN.9/619, párrs. 58 y 60).

14. Las disposiciones del párrafo 7 no figuraban en la versión del Reglamento de 1976. Ese párrafo refleja la decisión del Grupo de Trabajo de agregar una disposición que indique que el hecho de que la notificación del arbitraje sea incompleta o de que el demandado no comunique una respuesta a la notificación del arbitraje no impedirán la constitución de un tribunal arbitral y que la cuestión de las consecuencias de esas omisiones deberá ser dirimida por el tribunal arbitral (A/CN.9/619, párrs. 55 y 56).

Representación y asesoramiento

Artículo 4 [15]

Las partes podrán estar representadas o asesoradas por las personas que ellas mismas hayan elegido. Deberán comunicarse a todas las partes los nombres y las direcciones de estas personas. Esta comunicación deberá precisar si la designación se hace a efectos de representación o de asesoramiento. [Cuando una persona deba actuar como representante de una parte, el tribunal arbitral podrá, en cualquier momento, por iniciativa propia o a instancia de una parte, exigir a una de las partes que presente prueba del poder otorgado a su representante del modo que el tribunal arbitral estime oportuno].

Observaciones sobre el proyecto de artículo 4

15. El artículo 4 incluye las modificaciones convenidas por el Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones, consistentes en sustituir las palabras "personas de su

elección" que aparecen en la primera oración del artículo, por las palabras "las personas que ellas mismas hayan elegido" (A/CN.9/619, párr. 63), y en suprimir las palabras "por escrito" en la segunda oración, dado que ya se había resuelto en el artículo 2 la manera en que las partes habían de intercambiar sus comunicaciones entre sí y con el tribunal arbitral (A/CN.9/619, párr. 68). Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si la última oración relativa a la comunicación de la prueba del poder otorgado, que es una adición respecto de la versión del Reglamento de 1976, es necesaria (A/CN.9/619, párrs. 64 a 67).

Autoridades designadoras y nominadoras

Artículo 4 *bis* [16]

1. A menos que ya se haya convenido en una autoridad nominadora, una parte podrá proponer, en cualquier momento, el nombre o los nombres de una o más instituciones o personas [incluido el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje ("Secretario General del TPA")], una de las cuales podrá actuar como autoridad nominadora.

2. Si, transcurridos 30 días después de la recepción por todas las partes de una propuesta formulada de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1, las partes no han convenido en la elección de una autoridad nominadora, cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General del TPA que designe a la autoridad nominadora.

3. Si, transcurridos 30 días de la recepción de la solicitud al respecto de una parte, la autoridad nominadora se negase a actuar o si no designara a un árbitro, cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General del TPA que designe a una autoridad nominadora. Si la autoridad nominadora se negase a actuar o no adoptase una decisión respecto de los honorarios de los miembros del tribunal arbitral en un plazo de 30 días después de la recepción de la solicitud al respecto de una parte en virtud de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 39, cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General del TPA que adopte una decisión.

4. En el desempeño de las funciones que le incumben en virtud del presente Reglamento, la autoridad nominadora podrá solicitar a cualquiera de las partes la información que considere necesaria y, en la medida en que lo considere posible, dará a las partes la oportunidad de ser oídas. También se proporcionarán a todas las demás partes copias de todas las comunicaciones habidas entre una parte y la autoridad nominadora o el Secretario General del TPA.

5. Cuando se solicite a la autoridad nominadora que nombre un árbitro con arreglo a los artículo 6, 7, 7 *bis* o 13, la parte que formule la solicitud deberá enviar a la autoridad nominadora copia de la notificación del arbitraje y, en caso de existir, de la respuesta dada a la notificación del arbitraje.

6. La autoridad nominadora tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial y

tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar a un árbitro de nacionalidad distinta de la de las partes.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 4 bis

16. El artículo 4 *bis* no figuraba en la versión del Reglamento de 1976. Tiene por propósito aclarar a los usuarios del Reglamento la importancia de la función de nombrar a una autoridad, en particular en el contexto de un arbitraje no administrado. Con el proyecto se pretende aclarar mejor la función de designar y nombrar autoridades, como lo analizó el Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones (A/CN.9/619, párrs. 69 a 78). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el párrafo 1 debería incluir una referencia al Secretario General del TPA como institución que podría servir de autoridad nominadora.

Sección II. Composición del tribunal arbitral

Número de árbitros

Artículo 5 [17]

1. *Opción 1*: [Si las partes no han convenido previamente en el número de árbitros y si, transcurrido el plazo de 30 días a partir de la fecha de recepción por el demandado de la notificación del arbitraje, las partes no han convenido en que habrá un árbitro único, se nombrarán tres árbitros.]

Opción 2: [Si las partes no han convenido previamente en el número de árbitros, se nombrará un único árbitro, salvo que el demandante en su notificación del arbitraje, o el demandado, en el plazo de 30 días a partir de la recepción de la notificación del arbitraje, solicite que haya tres árbitros, en cuyo caso deberán nombrarse tres.]

Observaciones sobre el proyecto de artículo 5

17. En el artículo 5 se proponen diversas opciones sobre el número de árbitros, lo que refleja las deliberaciones celebradas por el Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones (A/CN.9/619, párrs. 79 a 82).

Nombramiento de árbitros (artículos 6 a 8)

Artículo 6 [18]

1. Si las partes han convenido en que se nombrará un único árbitro y, si, en el plazo de 30 días a partir de la recepción por todas las partes de la propuesta de nombramiento del árbitro único, las partes no hubieran llegado a un acuerdo sobre la identidad del árbitro único, este será nombrado por la autoridad nominadora.

2. La autoridad nominadora, a solicitud de una parte, nombrará el árbitro único tan pronto como sea posible. Al hacer el nombramiento, la autoridad nominadora procederá al nombramiento del árbitro único de conformidad con el sistema de lista siguiente, a menos que ambas partes convengan en que no se utilizará el sistema de lista o que la autoridad

nominadora determine a su discreción que el uso del sistema de lista no es apropiado para el caso:

a) A petición de una parte, la autoridad nominadora enviará a cada una de las partes una lista idéntica que deberá contener por lo menos tres nombres;

b) En el plazo de 15 días tras la recepción de esta lista, cada una de las partes podrá devolverla a la autoridad nominadora tras haber suprimido el nombre o los nombres sobre los que albergue objeciones y enumerado los nombres restantes de la lista por orden de preferencia;

c) Transcurrido el plazo mencionado, la autoridad nominadora nombrará el árbitro único de entre las personas aprobadas en las listas devueltas y de conformidad con el orden de preferencia indicado por las partes;

d) Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento según este procedimiento, la autoridad nominadora ejercerá su discreción para nombrar el árbitro único.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 6

18. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del artículo 6 en su 46º período de sesiones (A/CN.9/646, párr. 84). De acuerdo con la recomendación formulada por el Grupo de Trabajo de que se evalúe la posibilidad de simplificar aún más el texto a raíz de la aprobación del proyecto de artículo 4 *bis*, se han fusionado los párrafos 1 y 2 del artículo 6 de la versión del Reglamento de 1976 y se ha suprimido el párrafo 4 porque su contenido ya se recoge en el párrafo 6 del proyecto de artículo 4 *bis* (A/CN.9/619, párr. 69).

Artículo 7 [19]

1. Si se han de nombrar tres árbitros, cada una de las partes nombrará uno. Los dos árbitros así nombrados escogerán el tercer árbitro, que ejercerá las funciones de presidente del tribunal arbitral.

2. Si, transcurrido el plazo de 30 días a partir de la recepción de la notificación de una parte en que se nombra un árbitro, la otra parte no hubiera notificado a la primera parte el árbitro por ella nombrado, la primera parte podrá solicitar a la autoridad nominadora que nombre el segundo árbitro.

3. Si, transcurrido el plazo de 30 días a partir del nombramiento del segundo árbitro, los dos árbitros hubieran llegado a acuerdo sobre la elección del árbitro presidente, este será nombrado por una autoridad nominadora de la misma manera en que, con arreglo al artículo 6, se nombraría un único árbitro.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 7

19. En su 46º período de sesiones el Grupo de Trabajo aprobó el artículo 7 (A/CN.9/646, párr. 85). El apartado b) del párrafo 2 del artículo 7, contenido en la

versión del Reglamento de 1976, se ha suprimido, por la misma razón mencionada en el párrafo 18 *supra*.

Artículo 7 *bis* [20]

1. A los efectos del párrafo 1 del artículo 7, cuando se hayan de nombrar tres árbitros y cuando existan múltiples demandantes o demandados, a menos que las partes hayan convenido en utilizar otro método para el nombramiento de los árbitros, los diversos demandantes o demandados nombrarán conjuntamente un árbitro.

2. Si las partes han convenido en que el tribunal arbitral no esté integrado por uno o tres árbitros sino por un número diferente de miembros, los árbitros se nombrarán de conformidad con los métodos que las partes hayan acordado.

3. En caso de que no sea posible constituir el tribunal arbitral de conformidad con lo establecido en los párrafos 1 y 2, la autoridad nominadora, a solicitud de cualquiera de las partes, constituirá el tribunal arbitral y, al hacerlo, podrá revocar todo nombramiento ya realizado y nombrar o volver a nombrar a cada uno de los árbitros y designar al que ejercerá las funciones de presidente.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 7 bis

20. El artículo 7 *bis* no figuraba en la versión del Reglamento de 1976. El propósito del párrafo 1 es abordar el arbitraje con múltiples partes, y el proyecto trata de aclarar la forma en que se nombrarán los árbitros cuando hay múltiples demandados o demandantes, y las partes hayan convenido en el nombramiento de tres árbitros. El párrafo 2 se refiere a las situaciones en que las partes han convenido en que el tribunal arbitral no esté integrado por uno o tres árbitros, sino por un número diferente de miembros, es decir, las situaciones no abarcadas por los artículos 6 y 7 (A/CN.9/619, párr. 83). El párrafo 3 brinda una solución en caso de que no se consiga constituir un tribunal arbitral en esas situaciones e incluye las sugerencias formuladas en el Grupo de Trabajo (A/CN.9/619, párrs. 88 a 91).

Observaciones sobre el artículo 8 de la versión del Reglamento de 1976

21. El Grupo de Trabajo acordó suprimir el artículo 8, cuyo contenido se había incorporado en el artículo 4 *bis* sobre las autoridades designadoras y nominadoras (A/CN.9/619, párr. 94).

Recusación de árbitros (artículos 9 a 12)

Artículo 9 [22]

Cuando se hagan averiguaciones sobre una persona en relación con su posible nombramiento como árbitro, dicha persona deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, deberá revelar sin demora a las partes toda eventual circunstancia de esa índole, a menos que ya las haya informado al respecto.

Declaración modelo de independencia [23]

Ninguna circunstancia que revelar: Soy independiente de cada una de las partes y mi voluntad es seguir siéndolo. A mi saber y entender, no existen ni han existido circunstancias que pudieren dar lugar a dudas justificadas acerca de mi imparcialidad o independencia. Por la presente declaración, asumo el compromiso de notificar de inmediato a las partes y a los demás miembros del tribunal arbitral toda circunstancia de esa índole de la que tuviere conocimiento en lo sucesivo durante la tramitación del presente arbitraje.

Circunstancias que revelar: Soy independiente de cada una de las partes y mi voluntad es seguir siéndolo. Adjunta figura una declaración sobre a) las relaciones profesionales, comerciales y de otro tipo, mantenidas con las partes en el presente o en el pasado, y b) cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera poner en tela de juicio mi imparcialidad o independencia. [*Incluir la declaración*] Por la presente, asumo el compromiso de notificar de inmediato a las partes y a los demás miembros del tribunal arbitral toda relación o circunstancia de esa índole de la que tuviere conocimiento en lo sucesivo durante la tramitación del presente arbitraje.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 9 y sobre la declaración modelo de independencia

22. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del artículo 9 en su 46º período de sesiones (A/CN.9/619, párr. 95).

23. La declaración modelo de independencia no figuraba en la versión del Reglamento de 1976. La finalidad de incluir esa declaración en el Reglamento es brindar orientación sobre el contenido que debe tener la divulgación (A/CN.9/619, párr. 96).

Artículo 10 [24]

1. Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia.

2. Una parte no podrá recusar al árbitro nombrado por ella sino por causas de las que haya tenido conocimiento después de la designación.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 10

24. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del artículo 10 en su 46º período de sesiones (A/CN.9/619, párr. 100).

Artículo 11 [25]

1. La parte que desee recusar a un árbitro deberá comunicarlo en el plazo de quince días a partir de la notificación del nombramiento del árbitro recusado a la parte recusante, o en el plazo de quince días a partir del momento en que esa parte tuviera conocimiento de las circunstancias mencionadas en los artículos 9 y 10.

2. La recusación se notificará a todas las demás partes, al árbitro recusado y a los demás miembros del tribunal arbitral. En la notificación [se hará por escrito y] deberán explicarse los motivos de la recusación. **[26]**

3. Cuando un árbitro ha sido recusado por una parte, [todas las demás partes] [la parte o las partes que nombraron al árbitro recusado] podrán aceptar la recusación. El árbitro también podrá, después de la recusación, renunciar al cargo. En ninguno de ambos casos se entenderá que se acepta implícitamente la validez de las razones en que se funda la recusación. En ambos casos, se aplicará íntegramente el procedimiento previsto en los artículos 6, 7 ó 7 *bis* para el nombramiento de un nuevo árbitro, incluso si, durante el proceso de nombramiento del árbitro recusado, una de las partes no ha ejercido su derecho al nombramiento o a participar en el nombramiento. **[27]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 11

25. El contenido del artículo 11 fue aprobado por el Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones (A/CN.9/619, párr. 101).

26. El Grupo de Trabajo podría considerar si las palabras "se hará por escrito", que figuran entre corchetes en el párrafo 2, deberían suprimirse, habida cuenta de que la forma de intercambiar la información ya se regula en el artículo 2.

27. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar en el contexto del párrafo 3 si, cuando un árbitro ha sido recusado por una parte, es preciso dar a todas las partes el derecho a oponerse a la recusación o si ese derecho debe limitarse a la parte que nombró al árbitro recusado. Se plantea la misma cuestión en relación con el párrafo 1 del artículo 12 (véase el párrafo 28 *infra*).

Artículo 12

1. Si, en el plazo de quince días a partir de la fecha de notificación de la recusación, [cualquier otra parte] [la parte o las partes que nombraron al árbitro recusado] no acepta la recusación y el árbitro recusado no renuncia, la parte que presente la recusación podrá mantenerla. En tal caso, podrá solicitar que la autoridad nominadora adopte una decisión sobre la recusación en un plazo de treinta días a partir de la fecha de notificación de la recusación. Si no se ha nombrado o designado una autoridad nominadora, podrá solicitarse que se tome una decisión en un plazo de quince días a partir de la fecha del nombramiento o designación de la autoridad nominadora. **[28]**

2. La autoridad nominadora podrá rechazar la recusación si la parte que la presenta habría debido razonablemente tener conocimiento de los motivos de recusación en una etapa anterior del procedimiento. **[29]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 12

28. Las palabras que figuran entre corchetes en el párrafo 1 reflejan la cuestión de determinar si se debe dar a todas las partes el derecho a oponerse a la recusación o si ese derecho debe limitarse a la parte que nombró al árbitro recusado (véase lo

dicho en el párrafo 27, *supra*). El párrafo 1 refleja la decisión del Grupo de Trabajo de acortar los plazos establecidos para la recusación (A/CN.9/9/619, párr. 102). Los apartados a) a c) del párrafo 1 del artículo 12 del Reglamento en su versión de 1976, que se referían a la autoridad nominadora, se han suprimido, ya que la cuestión de que trataban se regula en el artículo 4 *bis* (A/CN.9/619, párr. 69).

29. El párrafo 2 no figuraba en la versión del Reglamento de 1976. Tiene por finalidad dar orientaciones a la autoridad nominadora, con miras a limitar las tácticas dilatorias en los casos en que una parte hubiera abusado repetidas veces del procedimiento de recusación. El párrafo 2 del artículo 12 de la versión del Reglamento de 1976, relativo al nombramiento de un árbitro para sustituir al árbitro recusado si se mantiene la recusación, se ha incluido en el artículo 13, que se refiere a la sustitución de un árbitro (véase el párrafo 32 *infra*).

Sustitución de un árbitro

Artículo 13

1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, en caso de que sea necesario sustituir a un árbitro durante el procedimiento arbitral, se nombrará o elegirá un árbitro que reemplace a aquel de conformidad con el procedimiento aplicable al nombramiento o elección de un árbitro que vaya a sustituir a otro, previsto en los artículos 6 a 9. Este procedimiento se aplicará incluso si, durante el proceso de nombramiento del árbitro al que se vaya a sustituir, una de las partes no había ejercido su derecho al nombramiento o a participar en el nombramiento. **[30]**

2. En caso de que un árbitro haya renunciado por razones no válidas o se niegue a ejercer su labor o no la ejerza, la autoridad nominadora podrá, si así lo solicita una parte, o bien sustituir a ese árbitro o autorizar a los demás árbitros a que prosigan el arbitraje y dicten la decisión o el laudo que corresponda. **[31]**

3. En el caso de que se acepte la recusación en virtud de lo previsto en el artículo 12 o de que se sustituya a un árbitro de conformidad con lo establecido en el párrafo 2, la autoridad nominadora decidirá si procede aplicar el procedimiento para el nombramiento de un árbitro, previsto en los artículos 6 a 9, o para el nombramiento o la elección de un árbitro en sustitución de otro o si será ella misma quien proceda a nombrar un árbitro en sustitución de otro. **[32]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 13

30. El párrafo 1 establece una norma general respecto del nombramiento de un árbitro para sustituir a otro, "en caso de que sea necesario sustituir a un árbitro", independientemente de la causa de la sustitución. Las situaciones concretas en caso de renuncia por razones no válidas o de aceptación de la recusación se regulan en los párrafos 2 y 3. Se propone que se agregue la última oración de ese párrafo en aras de la consistencia con el párrafo 3 del artículo 11.

31. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si el párrafo 2 refleja las observaciones formuladas por el Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones (A/CN.9/619, párrs. 107 a 112).

32. Antes, el párrafo 3 estaba incorporado en el párrafo 2 del artículo 12 de la versión del Reglamento de 1976 (véase el párrafo 29 *supra*). Se propone que esa disposición se incluya en el artículo 13 ya que su contenido guarda relación con el nombramiento de un árbitro en sustitución de otro. Se recordará que en su 46º período de sesiones el Grupo de Trabajo convino en que esa disposición debería permitir a la autoridad nominadora designar directamente a un árbitro si consideraba que las circunstancias del arbitraje eran tales que una parte debiera ser privada de su derecho a nombrar un árbitro suplente (A/CN.9/619, párrs. 103 y 105).

Repetición de las audiencias en caso de sustitución de un árbitro

Artículo 14 [33]

Si se sustituye un árbitro, el procedimiento se reanudará a partir del momento en que el árbitro sustituido deje de ejercer sus funciones, a menos que el tribunal arbitral decida otra cosa.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 14

33. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del artículo 14 en su 46º período de sesiones (A/CN.9/619, párr. 113). La referencia a los artículos 11 a 13 que figuraba en la versión de 1976 se ha suprimido, ya que podía no ser necesario limitar la aplicación de esa disposición.

Sección III. Procedimiento arbitral

Disposiciones introductorias

Artículo 15

1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en la etapa apropiada del procedimiento, se dé a cada una de las partes la oportunidad de hacer valer sus derechos. El tribunal arbitral, al ejercer sus facultades discrecionales, dirigirá el procedimiento con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a asegurar un proceso justo y eficiente para resolver el litigio de las partes. **[34]**

1 *bis*. El tribunal podrá, en cualquier momento, prorrogar o reducir: a) todo plazo prescrito en el Reglamento; o, b) tras invitar a las partes a celebrar consultas, todo plazo por ellas convenido. **[35]**

2. En la etapa apropiada del procedimiento y a petición de cualquiera de las partes, el tribunal arbitral celebrará audiencias para la presentación de prueba por testigos, incluyendo peritos, o para alegatos orales. A falta de tal petición, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas.

3. Todas las comunicaciones que una parte presente al tribunal arbitral deberán comunicarse simultáneamente a todas las demás partes. **[36]**

[4. El tribunal arbitral podrá, previa solicitud de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que ese tercero sea parte en el acuerdo de arbitraje y haya expresado su conformidad. El tribunal arbitral podrá dictar el laudo que afecte a todas las partes en el arbitraje.] **[37]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 15

34. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 1 en su 46º período de sesiones (A/CN.9/619, párr. 114).

35. El párrafo 1 *bis* no figuraba en la versión del Reglamento de 1976. Refleja la decisión del Grupo de Trabajo de que en el Reglamento se establezca la facultad del tribunal arbitral para modificar los casos prescritos en el Reglamento, pero no para alterar los plazos generales que pudieran haber establecido las partes en sus acuerdos sin una consulta previa con estas (A/CN.9/619, párr. 136).

36. Los párrafos 2 y 3 fueron aprobados por el Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones. Se ha propuesto que en el párrafo 3 las palabras "documentos o informaciones" se sustituyan por "comunicaciones", en aras de la concordancia con la terminología utilizada en el Reglamento.

37. El Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en que la incorporación al Reglamento de una disposición relativa al principio de la intervención de terceros como partes comportaría una modificación importante, y tomó nota de las opiniones divergentes expresadas al respecto (A/CN.9/619, párrs. 121 a 126). El Grupo de Trabajo acordó examinar el asunto en un ulterior período de sesiones basándose en la información que las instituciones arbitrales proporcionaran a la Secretaría sobre la frecuencia y utilidad práctica del principio de intervención de terceros como partes en un procedimiento de arbitraje (A/CN.9/619, párr. 126). Tras efectuar consultas, la Secretaría recibió observaciones de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres ("LCIA") y de la *Association Suisse de l'Arbitrage* ("ASA"). En un artículo titulado "*Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience*"[4], la CCI reseña concisamente ciertos aspectos de su experiencia en la aplicación del principio de la integración de terceros[5]. Por lo general, la CCI enfoca la cuestión con un criterio conservador en el sentido de que, en virtud de su Reglamento de Arbitraje, solo el demandante tiene derecho a determinar las partes en el arbitraje. No obstante, se ha aplicado un criterio más moderado en tres causas recientes en las que la CCI, a instancias del demandado, ha dado cabida a la participación de una nueva parte en el procedimiento arbitral. Aparentemente, la CCI puede autorizar a una nueva parte a sumarse al arbitraje a petición del demandado si se cumplen dos condiciones. En

[4] *Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience,* Anne Marie Whitesell y Eduardo Silva Romero*, Special Supplement 2003 - Complex Arbitration*, Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, publicación 688.

[5] La CCI ha señalado que su Reglamento no contiene una disposición sobre la integración de terceros como partes en un procedimiento arbitral y que el párrafo 6 del artículo 4, al que a veces se alude como si fuera una disposición en la materia, no regula esa cuestión, sino la acumulación de reclamaciones cuando se han presentado múltiples demandas de arbitraje y las mismas partes intervienen en todos los procedimientos. Lo que la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI hace en la práctica es permitir, en determinadas circunstancias y a petición del demandado, que nuevas partes se sumen al procedimiento arbitral.

primer lugar, el tercero debe haber firmado el acuerdo de arbitraje que haya dado lugar a la solicitud de un procedimiento arbitral. En segundo lugar, el demandado debe haber presentado reclamaciones contra la nueva parte. La LCIA informó a la Secretaría de que el principio de la intervención de terceros como partes previsto en el apartado h) del párrafo 1 del artículo 22 de su Reglamento de Arbitraje[6] se ha aplicado en unas diez causas desde la introducción de esa disposición en el Reglamento en 1998, y de que esas experiencias casi nunca han sido fructíferas. Según lo informado, la ASA propugna una norma liberal, como la que se enuncia en el párrafo 2 del artículo 4 de su Reglamento[7], por la que queda a discreción del tribunal arbitral la decisión de permitir participar a un tercero, tras consultar con todas las partes, y tener en cuenta todas las circunstancias que considere pertinentes y aplicables al caso de que se trate. En el Reglamento suizo no se exige que una de las partes en el arbitraje dé su consentimiento a la participación del tercero en el arbitraje. Hasta la fecha no se tiene constancia de que se haya dictado ningún laudo con arreglo al párrafo 2 del artículo 4 del Reglamento suizo sobre una causa en que hayan participado terceros como partes.

Lugar del arbitraje

Artículo 16 [38]

1. Cuando las partes no hayan acordado previamente el lugar del arbitraje, dicho lugar será determinado por el tribunal arbitral habida cuenta de las circunstancias del arbitraje, incluida la conveniencia de las partes. El laudo se considerará dictado en el lugar del arbitraje.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, el tribunal arbitral podrá, a menos que las partes acuerden otra cosa, reunirse en cualquier lugar que considere apropiado para celebrar consultas, audiencias, reuniones y deliberaciones.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 16

38. Se sugirió en el Grupo de Trabajo que tal vez fuera necesario distinguir entre el lugar jurídico y el lugar físico del arbitraje, y que modificando la terminología utilizada se promovería la claridad (A/CN.9/619, párr. 138). El proyecto propuesto trata de distinguir entre el lugar de arbitraje (es decir, la sede legal o jurídica) y el lugar en que se celebrarían las reuniones, en expresiones parecidas a las adoptadas en el artículo 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.

---

[6] El apartado h) del párrafo 1 del artículo 22 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA dice: "Salvo acuerdo por escrito en contrario de las partes, en cualquier momento el Tribunal Arbitral podrá, de oficio o a instancia de parte, pero en cualquier caso previa audiencia de las partes: h) solo a solicitud de una de las partes, autorizar que uno o varios terceros sean parte en el arbitraje, siempre que cualquier tercero y la parte solicitante de su inclusión en el arbitraje hayan expresado su conformidad a este respecto por escrito y su consentimiento para la emisión de un solo laudo arbitral conjunto o de tantos laudos como partes estén implicadas en el arbitraje;"

[7] El párrafo 2 del artículo 4 del Reglamento suizo dice: "Si, iniciado un procedimiento arbitral, un tercero solicita participar en el mismo o si una de las partes en un procedimiento arbitral regido por este Reglamento solicita que un tercero participe en él, el tribunal arbitral decidirá sobre tal solicitud tras consultar con las partes, y teniendo en cuenta todas las circunstancias que considere pertinentes para el caso concreto."

Idioma

Artículo 17 [39]

1. Con sujeción a cualquier acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral determinará sin dilación después de su nombramiento el idioma [o idiomas] que hayan de emplearse en las actuaciones. Esa determinación se aplicará al escrito de demanda, a la contestación y a cualquier otra presentación por escrito y, si se celebran audiencias, al idioma [o idiomas] que hayan de emplearse en tales audiencias.

2. El tribunal arbitral podrá ordenar que los documentos anexos al escrito de demanda o a la contestación, y cualesquiera documentos o instrumentos complementarios que se presenten durante las actuaciones en el idioma original, vayan acompañados de una traducción al idioma [o idiomas] convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 17

39. El hecho de que se eliminara del Reglamento la referencia a "o idiomas", que el Grupo de Trabajo analizó en su 46º período de sesiones (A/CN.9/619, párr. 145), podría entenderse en el sentido de que los árbitros deberán optar por un idioma que habrá de utilizarse en los procedimientos de arbitraje. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si es conveniente suprimir esa referencia, ya que normalmente intervienen en los procedimientos de arbitraje comercial internacional partes procedentes de distintos países, y puede suceder que no todas ellas entiendan un idioma. Así pues, en algunas circunstancias, la utilización de varios idiomas puede ser una solución con la que el tribunal arbitral podría superar las dificultades resultantes de que las partes no hayan elegido un único idioma para el arbitraje.

A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 49º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Proyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	1-44
	Sección III – Procedimiento arbitral (artículo 18 a artículo 30)	1-21
	Sección IV – El laudo (artículo 31 a artículo 41)	22-42
	Disposiciones adicionales propuestas	43-44

I. Introducción

1. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión acordó que, en lo concerniente a la labor futura del Grupo de Trabajo, se diera prioridad a una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) (en adelante "el Reglamento de la CNUDMI" o "el Reglamento") [1]. En su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007), la Comisión observó que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no había sido enmendado desde su aprobación en 1976 y, al ser revisado, debería tratarse de actualizarlo, así como de fomentar una mayor eficiencia en el proceso arbitral. La Comisión convino en general en que el mandato encomendado al Grupo de Trabajo de mantener la estructura y espíritu originarios del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI había proporcionado al Grupo de Trabajo indicaciones útiles en las deliberaciones que había mantenido hasta la fecha y en que debería seguir siendo el principio rector de su labor[2]. En su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008), la Comisión expresó la esperanza de que el Grupo de Trabajo finalizara su labor de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma genérica

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 182 a 187.

[2] *Ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17), primera parte, párr. 175.

de manera que el análisis final y la aprobación del Reglamento revisado pudiera efectuarse en el 42º período de sesiones de la Comisión, en 2009[3].

2. En su 45º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006), el Grupo de Trabajo se ocupó de determinar los aspectos en que pudiera resultar útil revisar el Reglamento de la CNUDMI. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo dio indicaciones preliminares respecto de diversas opciones presentadas en las propuestas de revisión que deberían analizarse, sobre la base de los documentos A/CN.9/WG.II/WP.143 y Add.1, para que la Secretaría pudiese preparar un proyecto de revisión del Reglamento teniendo en cuenta esas indicaciones. El informe de ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/614. En sus períodos de sesiones 46º (Nueva York, 5 a 9 de febrero de 2007), 47º (Viena, 10 a 14 de septiembre de 2007) y 48º (Nueva York, 4 a 8 de febrero de 2008), el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de revisión del Reglamento, que figuraba en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.145 y Add.1. Los informes sobre esos períodos de sesiones figuran en los documentos A/CN.9/619, A/CN.9/641 y A/CN.9/646, respectivamente.

3. La presente nota contiene un proyecto anotado de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, basado en las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones 46º a 48º y en las observaciones recibidas por la Secretaría en ocasión de las conferencias y reuniones organizadas para estudiar la revisión del Reglamento. Se ha preparado a fin de someterlo a la consideración del Grupo de Trabajo para una segunda lectura de la versión revisada del Reglamento, en vez de los documentos A/CN.9/WG.II/WP.147 y Add.1, y A/CN.9/WG.II/WP.149, porque parecía más claro proponer un proyecto completo del Reglamento revisado, en vez de ir agregando anotaciones y observaciones a esos documentos anteriores. La presente nota abarca los proyectos de artículo 18 a 41 de la versión revisada del Reglamento e incluye proyectos de disposiciones adicionales. Los proyectos de artículo 1 a 17 se tratan en el documento A/CN.9/WG.II/WP.151.

II. Proyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Sección III - Procedimiento arbitral

Escrito de demanda

Artículo 18 [1]

1. El demandante comunicará por escrito al demandado y a cada uno de los árbitros su escrito de demanda, antes de que venza un plazo que determinará el tribunal arbitral. El demandante podrá optar por considerar que su notificación del arbitraje en el párrafo 3 del artículo 3 constituirá su escrito de demanda.

2. El escrito de demanda deberá contener los siguientes datos:

[3] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párrs. 308 a 316.

a) El nombre completo de las partes y los datos para establecer contacto con ellas;

b) Una relación de los hechos en los que se base la demanda;

c) Los puntos que constituyan el motivo del litigio;

d) El objeto de la demanda;

e) Los motivos jurídicos que sustenten la demanda.

3. El escrito de demanda deberá ir acompañado de una copia de todo contrato o de todo otro instrumento jurídico, y de otra del acuerdo de arbitraje. Al escrito de demanda deberían adjuntarse, en la medida de lo posible, todos los documentos y otros materiales probatorios en que se funde el demandante o referencias a los mismos.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 18

1. Los párrafos 1, 2 y 3 reflejan las modificaciones aprobadas por el Grupo de Trabajo en su 46º período de sesiones (A/CN.9/619, párrs. 147 a 154). Se ha propuesto que se agregue la última oración del párrafo 1 para regular la situación en que el demandante decide considerar que su notificación del arbitraje constituirá su escrito de demanda. Tiene por finalidad hacer posible que el demandante aplace su decisión respecto de determinar si su notificación del arbitraje constituirá un escrito de demanda hasta que el tribunal arbitral le exija que presente su escrito de demanda, en vez de tener que adoptar esa decisión en el momento de presentar la notificación del arbitraje. Si el Grupo de Trabajo aprueba esa oración, habrá que suprimir el apartado c) del párrafo 4 del artículo 3 (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.151, párr. 12).

Contestación

Artículo 19

1. El demandado deberá comunicar por escrito su contestación al demandante y a cada uno de los árbitros antes de que venza un plazo que determinará el tribunal arbitral. El demandado podrá optar por considerar que su respuesta a la notificación del arbitraje en el párrafo 5 del artículo 3 constituirá su contestación. **[2]**

2. En la contestación se responderá a los extremos b), c), d) y e) del escrito de demanda (párrafo 2 del artículo 18). La contestación se acompañará, en la medida de lo posible, de todos los documentos y otros materiales probatorios en que se funde el demandado o de referencias a los mismos.

3. En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones, si el tribunal arbitral decidiese que las circunstancias justificaban la demora, el demandado podrá formular una reconvención o hacer valer una demanda a los efectos de una compensación [*opción 1*: basada en una misma relación jurídica, sea esta contractual o no.] [*opción 2*: siempre y cuando entre en el ámbito del acuerdo de arbitraje.] **[3]**

4. Las disposiciones del párrafo 2 del artículo 18 se aplicarán a la reconvención y a la demanda hecha a valer a los efectos de una compensación.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 19

2. Se propone que se agregue la última oración del párrafo 1 para regular la situación en que el demandado decida considerar que su respuesta a la notificación del arbitraje constituirá su contestación (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.151, párr. 12).

3. El Grupo de Trabajo acordó que el párrafo 3 debía contener una disposición relativa a la compensación y que las facultades del tribunal arbitral para entender de reconvenciones o compensaciones, en ciertas condiciones, debían ir más allá del contrato en que se fundaban y debían aplicarse a una gama más amplia de circunstancias (A/CN.9/614, párrs. 93 y 94; A/CN.9/619, párrs. 157 a 160). Para lograr esta ampliación, en la opción 1, se han sustituido las palabras "basada en un mismo contrato", que figuraban en la versión de 1976, por las palabras "basada en una misma relación jurídica, sea esta contractual o no" (A/CN.9/619, párrafo 157). La opción 2 refleja una propuesta de que la disposición no exija que haya una relación entre la reclamación y la reconvención o la compensación, dejando a discreción del tribunal arbitral la decisión (A/CN.9/619, párr. 158).

Modificaciones de la demanda o de la contestación

Artículo 20 [4]

En el transcurso de las actuaciones, una parte podrá modificar o complementar su demanda o contestación, incluida una reconvención, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a otras partes o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, una demanda no podrá modificarse ni complementarse de manera tal que la demanda modificada no entre en el campo de aplicación del acuerdo de arbitraje.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 20

4. El Grupo de Trabajo aprobó el texto del proyecto de artículo 20 en su 46º período de sesiones (A/CN.9/619, párr. 161). De acuerdo con una decisión de no distinguir entre "cláusula compromisoria" y "acuerdo de arbitraje" (véase el apartado c) del párrafo 3 del artículo 3), se han suprimido las palabras "cláusula compromisoria", que figuraban en la segunda oración del artículo 20. Se propone que se agreguen las palabras "ni complementarse" en la segunda oración para que concuerde con la redacción adoptada en la primera oración del artículo 20.

Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral

Artículo 21 [5]

1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula

compromisoria que forme parte de un contrato será considerada un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará de por sí la nulidad de la cláusula compromisoria.

2. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser opuesta a más tardar en la contestación o, con respecto a una reconvención o a una demanda a efectos de compensación, en la réplica a esa reconvención o a la demanda a efectos de compensación. Una parte no se verá privada del derecho a oponer la excepción por el hecho de que haya designado un árbitro o haya participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha rebasado los límites de su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente rebase dichos límites. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

3. El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2 como cuestión preliminar o en un laudo sobre el fondo. El tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo, no obstante cualquier impugnación de su competencia pendiente ante un tribunal.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 21

5. El proyecto de párrafo 1 refleja la opinión expresada en el Grupo de Trabajo de que deberían reformularse los párrafos 1 y 2, según las disposiciones del párrafo 1) del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional ("La Ley Modelo") a fin de dejar claro que el tribunal arbitral estaba facultado para entender de cuestiones relativas a la existencia y el alcance de su propia competencia y pronunciarse al respecto (A/CN.9/614, párr. 97). El Grupo de Trabajo aprobó el texto del párrafo 2 (A/CN.9/619, párr. 163). El párrafo 3, que sustituye el párrafo 4 del artículo 21 de la versión del Reglamento de 1976, contiene una disposición que se ajusta al párrafo 3) del artículo 16 de la Ley Modelo, de acuerdo con las deliberaciones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/614, párrs. 99 a 102; A/CN.9/619, párr. 164; A/CN.9/641, párr. 18).

Otros escritos

Artículo 22 [6]

El tribunal arbitral decidirá si se requiere que las partes presenten otros escritos, además de los de demanda y contestación, o si pueden presentarlos, y fijará los plazos para la comunicación de tales escritos.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 22

6. El texto del artículo 22 se reproduce, sin ninguna modificación, tal como figura en la versión del Reglamento de 1976 y fue aprobado por el Grupo de Trabajo en su 47º período de sesiones (A/CN.9/641, párr. 19).

Plazos

Artículo 23 [7]

Los plazos fijados por el tribunal arbitral para la comunicación de los escritos (incluidos los escritos de demanda y de contestación) no deberán exceder de 45 días. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorrogar los plazos si estima que se justifica la prórroga.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 23

7. El artículo 23 se reproduce, sin ninguna modificación, tal como figura en la versión del Reglamento de 1976 y fue aprobado por el Grupo de Trabajo en su 47º período de sesiones (A/CN.9/641, párr. 20).

Pruebas

Artículo 24 [8]

1. Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas.

2. [Suprimido]

3. En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 24

8. Los párrafos 1 y 3 se reproducen, sin ninguna modificación, tal como figuran en la versión del Reglamento de 1976 y fueron aprobados por el Grupo de Trabajo en su 47º período de sesiones (A/CN.9/641, párrs. 21 y 26). El párrafo 2 del artículo 24 de la versión del Reglamento de 1976 se ha suprimido, de conformidad con una opinión ampliamente prevaleciente en el Grupo de Trabajo de que no es práctica habitual que un tribunal arbitral exija a las partes que presenten un resumen de los documentos (A/CN.9/641, párrs. 22 a 25).

Audiencias, testigos y peritos [9]

Artículo 25

1. En caso de celebrarse una audiencia, el tribunal arbitral dará aviso a las partes, con suficiente antelación, de su fecha, hora y lugar. **[10]**

1 *bis*. Los testigos y peritos presentados por las partes podrán deponer en las condiciones que fije el tribunal arbitral. A los efectos del presente Reglamento, entrará en la categoría de testigo toda persona que testifique ante el tribunal arbitral sobre cualquier cuestión de hecho, independientemente de que esa persona sea o no parte en el arbitraje. **[11]**

2. Si han de deponer testigos y peritos, cada parte comunicará al tribunal arbitral y a todas las demás partes, por lo menos 15 días antes de la audiencia, el nombre y la dirección de los testigos y peritos que se propone presentar, indicando el tema sobre el que depondrán y el idioma en que lo harán.

3. El tribunal arbitral hará arreglos respecto de la traducción de las declaraciones orales hechas en la audiencia o de las actas de la misma si, dada las circunstancias del caso, lo estima conveniente o si las partes así lo han acordado y lo han comunicado al tribunal por lo menos 15 días antes de la audiencia. **[10]**

4. Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las partes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral podrá exigir el retiro de cualquier testigo o testigos durante la declaración de otros testigos, salvo cuando el testigo sea parte en el arbitraje. El tribunal arbitral es libre de decidir la forma en que ha de interrogarse a los testigos y peritos. **[12]**

5. Los testigos y peritos podrán presentar sus deposiciones por escrito y firmadas o verbalmente por algún medio de comunicación que haga innecesaria su presencia física. **[13]**

6. El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas. **[10]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 25

9. Para reflejar la decisión del Grupo de Trabajo de que el artículo 25 es aplicable a los testigos y peritos presentados a instancia de las partes, se ha propuesto que se modifique el título de los artículos 24 y 25 (A/CN.9/641, párrs. 27 y 61). En la versión del Reglamento de 1976, los artículos 24 y 25 se titulan "Pruebas y audiencias". Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si, en aras de la claridad, el artículo 24 podría titularse "Pruebas", y el artículo 25 "Audiencias, testigos y peritos". Se propone que en el artículo 25 se incluya una referencia a los peritos, cuando proceda, para aclarar que es aplicable a los testigos periciales, tal como sugirió el Grupo de Trabajo en su 47º período de sesiones (A/CN.9/641, párr. 27).

10. Los párrafos 1, 3 y 6 se reproducen, sin ninguna modificación, tal como figuran en la versión del Reglamento de 1976, y fueron aprobados por el Grupo de Trabajo en su 47º período de sesiones (A/CN.9/641, párrs. 28, 39 y 45).

11. El párrafo 1 *bis* refleja la decisión del Grupo de Trabajo de incluir una disposición en la que se confirme la facultad discrecional del tribunal arbitral de indicar las condiciones en las que podrán deponer los testigos y peritos y se establezca que toda persona que testifique ante el tribunal arbitral, incluidas las que sean parte en el arbitraje, gozará de la condición de testigo en el marco del Reglamento (A/CN.9/641, párr. 38). Este párrafo se ha colocado antes del párrafo 2 para tener en cuenta la observación de que es preferible comenzar por describir las condiciones exigibles para que un testigo o un perito puedan deponer y la discrecionalidad del tribunal arbitral para dirigir la prueba de testigos y peritos, conforme a lo actualmente dispuesto en el párrafo 1 *bis*, y pasándose únicamente después a precisar todo detalle procesal concerniente a testigos y peritos (A/CN.9/641, párr. 34). Las palabras "a los efectos del presente Reglamento" se han agregado para que esta norma resulte más neutral, particularmente en los Estados en que se prohíbe que las partes presten declaración en calidad de testigos (A/CN.9/641, párrs. 31 y 38). En la disposición no se han incluido ejemplos de categorías de testigos, a fin de evitar el riesgo de una interpretación restrictiva (A/CN.9/641, párr. 32).

12. En la última oración del párrafo 4, se propone que se agreguen las palabras "salvo cuando el testigo sea parte en el arbitraje" a fin de tomar en consideración que no deberá pedirse a una parte que comparezca como testigo que se retire durante el testimonio de otros testigos, ya que su ausencia privaría a esa parte de la posibilidad de hacer valer sus propios argumentos (A/CN.9/641, párr. 41).

13. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si la modificación propuesta del párrafo 5 tiene en cuenta la sugerencia de que en ese párrafo se debería indicar que los testigos no solo podrán presentar sus deposiciones por escrito y firmadas, sino que podrán declarar verbalmente o por algún medio de comunicación que haga innecesaria su presencia física (A/CN.9/641, párr. 43).

Medidas provisionales de protección

Artículo 26 [14]

1. El tribunal arbitral podrá, a instancia de una de las partes, otorgar medidas provisionales.

2. Por medida provisional se entenderá toda medida temporal 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 *status 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 bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

3. La parte que solicite alguna medida provisional prevista en los apartados a), b) o c) del párrafo 2 o una orden temporal, como se indica en el párrafo 5, deberá convencer al tribunal arbitral de que:

a) De no otorgarse la medida provisional 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 esta otorgada; y

b) 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.

4. En lo concerniente a toda demanda de una medida provisional 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 en que el tribunal arbitral lo estime oportuno.

5. Si el tribunal arbitral determina que la notificación de la demanda de una medida provisional a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada, nada de lo dispuesto en el presente Reglamento impedirá al tribunal arbitral, cuando notifique esa demanda a esa parte, emitir una orden temporal por la que se ordene a la parte que no frustre la finalidad de la medida provisional solicitada. El tribunal arbitral dará a esa parte la oportunidad de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible y determinará entonces si accede a la petición. **[15]**

6. El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar toda medida provisional u orden prevista en el párrafo 5 que haya otorgado, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes.

7. El tribunal arbitral podrá exigir del solicitante de una medida provisional o el peticionario de una orden prevista en el párrafo 5 que preste una garantía adecuada respecto de la medida o de la orden.

8. 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 provisional o la orden prevista en el párrafo 5 se demandara u otorgara.

9. El solicitante de una medida provisional o el peticionario de una orden prevista en el párrafo 5 será responsable de las costas y de los daños y perjuicios que dicha medida u orden ocasione a cualquier parte, 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.

10. La solicitud de adopción de medidas provisionales o la petición de una orden prevista en el párrafo 5 dirigidas a una autoridad judicial por cualquiera de las partes no se considerarán incompatibles con el acuerdo de arbitraje ni como una renuncia a ese acuerdo. **[16]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 26

14. Los párrafos 1 a 4 y 6 a 9 toman como modelo las disposiciones sobre medidas provisionales que figuran en el capítulo IV A de la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo aprobó el texto de esos párrafos (A/CN.9/641, párrs. 46 a 51), excepto la adición de la referencia a “la orden prevista en el párrafo 5”.

15. El Grupo de Trabajo observó que el capítulo IV A de la Ley Modelo se refiere a las órdenes preliminares y convino en examinar un proyecto de párrafo en el que se expresara la idea de que el tribunal arbitral estaba facultado para adoptar las medidas que estimara oportunas a fin de impedir que se frustrara una medida provisional que se hubiera solicitado y que hubiera sido otorgada a través de una orden emitida por el propio tribunal arbitral (A/CN.9/641, párr. 60). Se recuerda que el Grupo de Trabajo estimó, en general, que, salvo que la ley aplicable al procedimiento arbitral lo haya prohibido, gracias al amplio poder discrecional conferido al tribunal arbitral para dirigir las actuaciones arbitrales, a tenor del

párrafo 1 del artículo 15, cabía concluir que el Reglamento no impedía de por sí que el tribunal arbitral emitiera órdenes preliminares (A/CN.9/641, párr. 59).

16. El párrafo 10 corresponde al texto del párrafo 3 del artículo 26 de la versión del Reglamento de 1976, que el Grupo de Trabajo convino en mantener en el Reglamento (A/CN.9/641, párr. 52). Se propone que se añada una referencia a "la petición de una orden prevista en el párrafo 5" para mantener la coherencia con el párrafo 5.

Peritos designados por el tribunal arbitral

Artículo 27 [17]

1. El tribunal arbitral podrá nombrar uno o más peritos para que le informen, por escrito, sobre materias concretas que determinará el tribunal. Se comunicará a las partes una copia de las atribuciones del perito, fijadas por el tribunal.

2. Las partes suministrarán al perito toda la información pertinente o presentarán para su inspección todos los documentos o todas las cosas pertinentes que aquel pueda pedirles. Cualquier diferencia entre una parte y el perito acerca de la pertinencia de la información o presentación requeridas se remitirá a la decisión del tribunal arbitral.

3. Una vez recibido el dictamen del perito, el tribunal comunicará una copia del mismo a las partes, a quienes se ofrecerá la oportunidad de expresar por escrito su opinión sobre el dictamen. Las partes tendrán derecho a examinar cualquier documento que el perito haya invocado en su dictamen.

4. Después de la entrega del dictamen y a solicitud de cualquiera de las partes, podrá oírse al perito en una audiencia en que las partes tendrán oportunidad de estar presentes e interrogar al perito. En esta audiencia, cualquiera de las partes podrá presentar testigos peritos para que presten declaración sobre los puntos controvertidos. Serán aplicables a dicho procedimiento las disposiciones del artículo 25.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 27

17. Con la adición al título del artículo 27 de las palabras "designados por el tribunal arbitral" se propone aclarar que dicho artículo se refiere a los peritos designados por el tribunal arbitral (A/CN.9/641, párr. 61).

Rebeldía

Artículo 28

1. Si, dentro del plazo fijado por el presente Reglamento o por el tribunal arbitral, sin invocar causa suficiente: **[18]**

a) El demandante no ha presentado su escrito de demanda, el tribunal arbitral ordenará la conclusión del procedimiento, salvo que el demandado haya interpuesto una reconvención;

b) El demandado no ha presentado su respuesta a la notificación del arbitraje o su escrito de contestación, el tribunal arbitral ordenará que continúe el procedimiento, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante. Las disposiciones del presente párrafo serán de aplicación igualmente a la falta de presentación por parte del demandante de una contestación a una revocación o a una demanda a efectos de compensación.

2. Si una parte, debidamente convocada con arreglo al presente Reglamento, no comparece a la audiencia sin invocar causa suficiente, el tribunal arbitral estará facultado para proseguir el arbitraje.

3. Si una parte, debidamente requerida por el tribunal arbitral para presentar documentos y otras pruebas, no lo hace en los plazos fijados sin invocar causa suficiente, el tribunal arbitral podrá dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga. **[19]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 28

18. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar si debería reestructurarse el párrafo 1 en dos partes: el apartado a) se refiere a la no presentación del escrito de demanda por parte del demandante; el apartado b) se refiere a la situación en la que el demandado no ha presentado su escrito de contestación y se aplica igualmente a la situación en la que el demandante no ha presentado un escrito de contestación a una reconvención. Esa propuesta sigue la estructura del artículo 25 de la Ley Modelo (A/CN.9/641, párr. 62).

19. En el párrafo 3, se propone sustituir la palabra “documentos” por las palabras “documentos y otras pruebas” a fin de reflejar la decisión del Grupo de Trabajo de armonizar el enunciado del párrafo 3 del artículo 24 con el del párrafo 3 del artículo 28 (A/CN.9/641, párr. 64).

Cierre de las audiencias

Artículo 29 [20]

1. El tribunal arbitral podrá preguntar a las partes si tienen más pruebas que ofrecer o testigos que presentar o exposiciones que hacer y, si no los hay, podrá declarar cerradas las audiencias.

2. El tribunal arbitral podrá, si lo considera necesario en razón de circunstancias excepcionales, decidir, por propia iniciativa o a petición de parte, que se reabran las audiencias en cualquier momento antes de dictar el laudo.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 29

20. El texto del artículo 29 se reproduce, sin ninguna modificación, tal como figura en la versión del Reglamento de 1976 y fue aprobado por el Grupo de Trabajo en su 47º período de sesiones (A/CN.9/641, párr. 65).

Renuncia al derecho a objetar

Artículo 30 [21]

Se considerará que la parte que siga adelante con el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición del presente Reglamento o algún requisito del acuerdo de arbitraje, sin expresar su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro del plazo, renuncia a su derecho a objetar.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 30

21. Las modificaciones del artículo 30 reflejan la decisión del Grupo de Trabajo de ajustar el texto del artículo 30 con el del artículo 4 de la Ley Modelo (A/CN.9/641, párr. 67).

Sección IV. El laudo

Decisiones

Artículo 31 [22]

1. *Opción 1*: Cuando haya más de un árbitro, todo laudo u otra decisión del tribunal arbitral se dictará por mayoría de votos de los árbitros, a menos que las partes hayan acordado otra cosa.

Opción 2, Variante 1: Cuando haya más de un árbitro y los árbitros no puedan adoptar por mayoría una decisión sobre el fondo de la controversia, el árbitro presidente dictará el laudo o adoptará cualquier otra decisión por sí solo. *Variante 2*: Cuando haya más de un árbitro y los árbitros no puedan adoptar por mayoría una decisión sobre el fondo de la controversia, el árbitro presidente dictará el laudo o adoptará cualquier otra decisión por sí solo, si así lo han acordado previamente las partes.

2. En lo que se refiere a cuestiones de procedimiento, si no hubiere mayoría, o si el tribunal arbitral lo hubiera autorizado, el árbitro podrá decidir por sí solo, a reserva de una eventual revisión por el tribunal arbitral.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 31

22. En vista de que no se llegó a un consenso acerca de la cuestión del proceso de adopción de decisiones por el tribunal arbitral, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara otros proyectos de revisión del texto. La opción 1 sigue el texto del artículo 29 de la Ley Modelo al remitir a la regla de la mayoría, pero facultando a las partes para acordar una excepción a esa regla (A/CN.9/641, párrs. 73 y 76). La variante 1 de la opción 2 estipula que, cuando no haya mayoría, el árbitro presidente dictará por sí solo el laudo (A/CN.9/641, párr. 71). La variante 2 refleja la propuesta de que la solución del árbitro presidente se aplique únicamente cuando las partes hayan acordado optar por ella (A/CN.9/641, párr. 75).

Forma y efectos del laudo

Artículo 32

1. El tribunal arbitral podrá dictar laudos separados sobre diferentes materias en diferentes etapas procedimentales. Dichos laudos tendrán la misma categoría y los mismos efectos que cualquier otro laudo rendido por el tribunal arbitral. **[23]**

2. Todos los laudos se dictarán por escrito y serán definitivos y obligatorios para las partes. Las partes se comprometen a cumplir los laudos sin demora. Se considerará que las partes han renunciado a su derecho a cualquier tipo de apelación, revisión o recurso ante cualquier tribunal o autoridad competente, siempre que dicha renuncia pueda ser válidamente realizada. Solo se podrá renunciar al derecho a interponer una petición de nulidad si las partes así lo acuerdan expresamente. **[24]**

3. El tribunal arbitral expondrá las razones en las que se base el laudo, a menos que las partes hayan convenido en que no se dé ninguna razón. **[25]**

4. El laudo será firmado por los árbitros y contendrá la fecha en que se dictó e indicará el lugar del arbitraje. Cuando haya más de un árbitro y alguno de ellos no firme, se indicará en el laudo el motivo de la ausencia de la firma. **[26]**

5. Podrá hacerse público el laudo con el consentimiento de las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de darlo a conocer para proteger o ejercer un derecho jurídico, y en la medida en que así sea, o con motivo de un procedimiento jurídico ante un tribunal u otra autoridad competente. **[27]**

6. El tribunal arbitral comunicará a las partes copias del laudo firmadas por los árbitros. **[28]**

7. [Suprimido] **[29]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 32

23. Tal como acordó el Grupo de Trabajo, se evita toda calificación del laudo, como "definitivo", "provisional" o "interlocutorio", y en el párrafo 1 se aclara que el tribunal arbitral podrá dictar laudos sobre diferentes materias a lo largo del procedimiento. La redacción se basa en el artículo 26.7 del Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (A/CN.9/641, párrs. 78 a 80). Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si no sería preferible hacer una declaración de carácter más general, de tipo: "Todos los laudos tendrán la misma categoría y el mismo efecto".

24. El Grupo de Trabajo consideró si procedía enmendar la primera oración del párrafo 2 a fin de dejar claro que la palabra "obligatorio" se refería a la obligación de las partes de acatar lo dispuesto en el laudo y que el laudo es "definitivo" para el tribunal arbitral que no está facultado para reconsiderarlo (A/CN.9/641, párrs. 81 a 84). Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar además las siguientes opciones (A/CN.9/641, párr. 82): mantener las palabras "definitivo y obligatorio", ya que son las que se suelen emplear en casi todos los reglamentos y no parecen haber creado

dificultades; omitir la palabra "definitivo" y estipular que: "el laudo se dictará por escrito y será vinculante para las partes", ajustándose a la disposición que figura en el párrafo 6 del artículo 28 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; explicar el significado de la palabra "definitivo" adoptando una redacción en términos como los siguientes: "El laudo se dictará por escrito y será vinculante para las partes. Una vez emitido, el laudo no podrá ser reconsiderado por el tribunal arbitral, excepto en la medida prevista en el párrafo 6 del artículo 26 respecto de las medidas cautelares otorgadas en un laudo, y en los artículos 35 y 36".

De conformidad con una propuesta hecha en el Grupo de Trabajo, con el texto insertado en el párrafo 2 se pretende hacer imposible que las partes utilicen el recurso a los tribunales, al que podrían renunciar libremente, pero no excluir la impugnación del laudo en el marco de una petición de nulidad, salvo que las partes acuerden otra cosa (A/CN.9/641, párrs. 85 a 92).

25. El párrafo 3 se reproduce, sin ninguna modificación, tal como figura en la versión del Reglamento de 1976 y fue aprobado por el Grupo de Trabajo en su 47º período de sesiones (A/CN.9/641, párr. 93).

26. El Grupo de Trabajo convino en modificar la primera oración del párrafo 4 en aras de la coherencia con el párrafo 4 del artículo 16 del Reglamento, que se refiere al lugar en que se "considera" otorgado el laudo. Se propone que en la segunda oración se sustituyan las palabras "tres árbitros" por "más de un árbitro", a fin de tener en cuenta la situación permitida en virtud del artículo 7 *bis*, en que las partes pueden decidir que el tribunal arbitral no esté integrado por uno o tres árbitros sino por un número distinto de miembros (A/CN.9/641, párr. 94).

27. El párrafo 5 se ha modificado para tener en cuenta las situaciones en que una parte tiene la obligación jurídica de dar a conocer el laudo (A/CN.9/641, párrs. 95 a 99).

28. El párrafo 6 se reproduce, sin ninguna modificación, tal como figura en la versión del Reglamento de 1976 y fue aprobado por el Grupo de Trabajo en su 47º período de sesiones (A/CN.9/641, párr. 100).

29. El párrafo 7 del artículo 32 de la versión del Reglamento de 1976 se ha suprimido tal y como convino el Grupo de Trabajo en su 47º período de sesiones, porque era innecesario en la medida en que imponía al tribunal arbitral el deber de cumplir un requisito de inscripción registral, prescrito ya por una norma de rango imperativo del derecho interno aplicable (A/CN.9/641, párr. 105).

Ley aplicable, amigable componedor

Artículo 33

1. El tribunal arbitral aplicará la norma jurídica que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la norma jurídica aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley [*variante 1*: con la que el caso tenga la vinculación más estrecha] [*variante 2*: que determine que es apropiada]. **[30]**

2. El tribunal arbitral decidirá como amigable componedor (*ex aequo et bono*) solo si las partes lo han autorizado expresamente para ello y si

la ley aplicable al procedimiento arbitral permite este tipo de arbitraje. **[31]**

3. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones de cualquier contrato aplicable y tendrá en cuenta cualquiera de los usos mercantiles aplicables al caso. **[32]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 33

30. El Grupo de Trabajo convino en que el tribunal arbitral debía aplicar la norma jurídica a la que remitieran las partes, por lo que procedía sustituir el término "ley" por "norma jurídica" en la primera oración del artículo 33 (A/CN.9/641, párr. 107). Respecto de la segunda oración del párrafo 1, se expresaron pareceres divergentes acerca de la conveniencia de facultar al tribunal arbitral para designar a su discreción la "norma jurídica" aplicable, en el supuesto de que las partes no hubiesen llegado a un acuerdo acerca de la ley aplicable. Se indicó que en el Reglamento se debía mantener la coherencia con el párrafo 2) del artículo 28 de la Ley Modelo, conforme al cual el tribunal arbitral aplicará la "ley" y no la "norma jurídica", que determine que es aplicable (A/CN.9/641, párrs. 108 y 109). El Grupo de Trabajo expresó amplio apoyo a formulaciones en términos similares a los de las variantes 1 o 2 que figuraban en la segunda oración del párrafo 1 que, según se dijo, ofrecían la oportunidad de modernizar el Reglamento al facultar al tribunal arbitral para seleccionar directamente la aplicabilidad de instrumentos internacionales. La variante 2 refleja la propuesta formulada de dar al tribunal arbitral una facultad discrecional más amplia para determinar el instrumento aplicable (A/CN.9/641, párrs. 106 a 112).

31. El párrafo 2 se reproduce, sin ninguna modificación, tal como figura en la versión del Reglamento de 1976 y fue aprobado por el Grupo de Trabajo.

32. El párrafo 3 se ha modificado a fin de ampliar la aplicabilidad del Reglamento en los casos en que no fuera necesariamente un contrato lo que hubiera dado lugar a la controversia, hablando a dicho fin de "cualquiera" de las "estipulaciones del contrato" o de "cualquiera" de los "usos" mercantiles.

Transacción u otros motivos de conclusión del procedimiento

Artículo 34 [33]

1. Si, antes de que se dicte el laudo, las partes convienen una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dictará una orden de conclusión del procedimiento o, si lo piden las partes o el tribunal lo acepta, registrará la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. Este laudo no ha de ser necesariamente motivado.

2. Si, antes de que se dicte el laudo, se hace innecesaria o imposible la continuación del procedimiento arbitral por cualquier razón no mencionada en el párrafo 1, el tribunal arbitral comunicará a las partes su propósito de dictar una orden de conclusión del procedimiento. El tribunal arbitral estará facultado para dictar dicha orden, a menos que una parte haga valer razones fundadas para oponerse a esa orden.

3. El tribunal arbitral comunicará a las partes copias de la orden de conclusión del procedimiento o del laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, debidamente firmadas por los árbitros. Cuando se pronuncie un laudo arbitral en los términos convenidos por las partes se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 y 4 a 6 del artículo 32.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 34

33. En consonancia con su decisión de que se previera la posibilidad de un arbitraje multilateral, el Grupo de Trabajo convino en sustituir la expresión "ambas partes" por "las partes" en el párrafo 1 (A/CN.9/641, párr. 114).

Interpretación del laudo

Artículo 35

1. Dentro de los 30 días siguientes a la recepción del laudo, una parte, previa notificación a las otras partes, podrá requerir del tribunal arbitral una interpretación del laudo. **[34]**

2. La interpretación se dará por escrito dentro de los 45 días siguientes a la recepción del requerimiento. La interpretación formará parte del laudo y se aplicará a lo dispuesto en los párrafos 2 a 6 del artículo 32.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 35

34. Las modificaciones del párrafo 1 obedecen a la decisión del Grupo de Trabajo de incluir la posibilidad de un arbitraje multilateral (A/CN.9/641, párr. 115).

Rectificación del laudo

Artículo 36 [35]

1. Dentro de los 30 días siguientes a la recepción del laudo, una de las partes, previa notificación a las otras partes, podrá requerir del tribunal arbitral que se rectifique en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error u omisión de naturaleza similar. Dentro de los 30 días siguientes a la comunicación del laudo, el tribunal arbitral podrá efectuar dichas correcciones por su propia iniciativa.

2. Esas correcciones se harán por escrito y se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 a 6 del artículo 32.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 36

35. El Grupo de Trabajo acordó adoptar el texto del párrafo 1 (A/CN.9/641, párr. 116). Tal vez el Grupo de Trabajo desee estudiar la posibilidad de incluir en el párrafo 2 un plazo dentro del cual el tribunal arbitral deberá efectuar las correcciones, en términos similares a los de las disposiciones que figuran en el párrafo 2 del artículo 35.

Laudo adicional

Artículo 37 [36]

1. Dentro de los 30 días siguientes a la recepción del laudo, una de las partes, previa notificación a las otras partes, podrá requerir del tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en el procedimiento arbitral pero omitidas en el laudo.

2. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento de un laudo adicional, completará su laudo dentro de los 60 días siguientes a la recepción de la solicitud. El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo dentro del cual dictará un laudo adicional.

3. Cuando se dicte un laudo adicional, se aplicará lo dispuesto en los párrafos 2 a 6 del artículo 32.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 37

36. Las modificaciones del párrafo 2 reflejan las deliberaciones del Grupo de Trabajo y tienen por objeto permitir que el tribunal arbitral convoque nuevas audiencias y recabe pruebas originales cuando sea necesario (A/CN.9/641, párrs. 117 a 121).

Costas (artículos 38 a 40)

Artículo 38 [37]

El tribunal arbitral fijará en el laudo las costas del arbitraje. El término "costas" comprende únicamente lo siguiente:

a) Los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el artículo 39;

b) Los gastos de viaje y las demás expensas razonables realizadas por los árbitros;

c) El costo razonable del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;

d) Los gastos de viaje y otras expensas razonables realizadas por los testigos, en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por el tribunal arbitral;

e) El costo de representación y de asistencia de las partes si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y solo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de ese costo es razonable;

f) Cualesquiera honorarios y gastos de la autoridad nominadora, así como los gastos del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 38

37. En su 48º período de sesiones el Grupo de Trabajo acordó agregar la palabra "razonable" en los apartado b), c) y d) (A/CN.9/646, párr. 18), suprimir las palabras "de letrados" después de "asistencia" en el apartado e) y sustituir "la parte vencedora" por "las partes" en el apartado e) (A/CN.9/646, párr. 19).

Artículo 39

1. Los honorarios del tribunal arbitral serán de un monto razonable, teniendo en cuenta el monto en disputa, la complejidad del tema, el tiempo dedicado por los árbitros y cualesquiera otras circunstancias pertinentes del caso.

2. Si las partes han convenido en una autoridad nominadora o esta ha sido designada por el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje, y si dicha autoridad ha publicado o refrendado un arancel de honorarios de árbitros en los casos internacionales que administre, el tribunal arbitral al fijar sus honorarios tendrá en cuenta ese arancel de honorarios en la medida en que lo considere apropiado en las circunstancias del caso. **[38]**

3. El tribunal arbitral, una vez constituido, comunicará sin demora a las partes la metodología que se propone seguir para determinar los honorarios de sus miembros. En su decisión sobre las costas del arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38, el tribunal arbitral hará constar el cómputo y las sumas adeudadas, de acuerdo con esa metodología. **[39]**

4. En un plazo de quince días a partir de la fecha en que el tribunal arbitral comunique a las partes una propuesta o decisión, cualquiera de las partes podrá remitir el asunto a la autoridad nominadora o, si no se ha acordado o designado una autoridad nominadora, al Secretario General del TPA, para que adopte una decisión definitiva de conformidad con los criterios enunciados en el párrafo 1. Toda modificación de los honorarios que decida la autoridad nominadora o el Secretario General del TPA se considerará parte del laudo**. [39]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 39

38. Se propone que después de la palabra "publicado" se agreguen las palabras "o refrendado" para cubrir los casos en que una autoridad nominadora aplique un arancel de honorarios definido por otras autoridades o reglamentos, que haya refrendado.

39. Los párrafos 3 y 4 no figuraban en la versión del Reglamento de 1976, y constituyen nuevas normas sobre la cuestión de los honorarios y el control por la autoridad nominadora o el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de los honorarios que cobran los árbitros. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si estas disposiciones reflejan la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 48º período de sesiones (A/CN.9/646, párrs. 20, 21 y 24 a 27).

Artículo 40 [40]

1. Las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida o las partes vencidas. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. [Suprimido]

3. Cuando el tribunal arbitral dicte una orden de conclusión del procedimiento arbitral o un laudo en los términos convenidos por las partes, fijará las costas del arbitraje a que se refieren el artículo 38 y el párrafo 1 del artículo 39 en el texto de esa orden o de ese laudo.

4. El tribunal arbitral no podrá cobrar honorarios adicionales por la interpretación, rectificación o compleción de su laudo con arreglo a los artículos 35 a 37. [El tribunal arbitral podrá cobrar los costos y gastos a que se hace referencia en los apartados b) a f) del artículo 38 en relación con la interpretación, rectificación o compleción de su laudo con arreglo a los artículos 35 a 37.] **[41]**

Observaciones sobre el proyecto de artículo 40

40. En el párrafo 1 se han agregado las palabras "o las partes vencidas" para tener en cuenta la posibilidad de un arbitraje multilateral. Tal como decidió el Grupo de Trabajo en su 48º período de sesiones, el párrafo 2 se ha suprimido (A/CN.9/646, párrs. 28 a 36).

41. En su 48º período de sesiones el Grupo de Trabajo convino en seguir examinando si debía mantenerse el párrafo 4. La segunda oración de ese párrafo, que figura entre corchetes, refleja una propuesta formulada en el Grupo de Trabajo en el sentido de que el alcance del párrafo 4 se limite a los honorarios, sin influir en la capacidad del tribunal arbitral para cobrar otros costos adicionales, enumerados en el artículo 38 (A/CN.9/646, párrs. 31 a 36).

Depósito de las costas

Artículo 41 [42]

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a las partes que depositen una suma igual, en concepto de anticipo de las costas previstas en los incisos a), b) y c) del artículo 38.

2. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir depósitos adicionales de las partes.

3. Si las partes se han puesto de acuerdo sobre una autoridad nominadora o si esta ha sido designada por el Secretario General del TPA y cuando una parte lo solicite y la autoridad nominadora consienta en desempeñar esa función, el tribunal arbitral fijará el monto de los depósitos o depósitos adicionales solo tras consultar con la autoridad nominadora, que podrá formular al tribunal arbitral todas las observaciones que estime apropiadas relativas al monto de tales depósitos y depósitos suplementarios.

4. Si transcurridos treinta días desde la comunicación del requerimiento del tribunal arbitral, los depósitos requeridos no se han abonado en su totalidad, el tribunal arbitral informará de este hecho a las partes a fin de que cada una de ellas pueda hacer el pago requerido. Si este pago no se efectúa, el tribunal arbitral podrá ordenar la suspensión o la conclusión del procedimiento de arbitraje.

5. Una vez dictado el laudo, el tribunal arbitral entregará a las partes un estado de cuentas de los depósitos recibidos y les reembolsará todo saldo no utilizado.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 41

42. El Grupo de Trabajo aprobó el texto del artículo 41 en su 48º período de sesiones (A/CN.9/646, párr. 37).

Disposiciones adicionales propuestas

Principios generales [43]

Las cuestiones que planteen asuntos regidos por el presente Reglamento y que no tengan una solución expresa en él se resolverán de conformidad con los principios generales en que el presente Reglamento se basa.

Observaciones

43. El Grupo de Trabajo en su 48º período de sesiones acordó considerar la posibilidad de incluir en el Reglamento una disposición para colmar las eventuales lagunas (A/CN.9/646, párrs. 50 a 53).

Responsabilidad de los árbitros [44]

Ni los miembros del tribunal arbitral ni la autoridad nominadora ni el Secretario General del TPA ni los peritos designados por el tribunal serán responsables de actos u omisiones relacionados con el arbitraje, en la máxima medida que permita la ley aplicable.

Observaciones

44. Esta disposición sobre la responsabilidad trata de tener en cuenta las observaciones formuladas en el 48º período de sesiones del Grupo de Trabajo en el sentido de que la disposición relativa a la inmunidad debería abarcar la más amplia gama posible de participantes en el proceso de arbitraje y preservar la exoneración en los casos en que la ley aplicable permita la exoneración contractual de la responsabilidad, en la máxima medida permitida por esa ley (A/CN.9/646, párrs. 38 a 45).

C. Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: propuesta del Gobierno de Suiza, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 49º período de sesiones

(A/CN.9/WG.II/WP.152) [Original: inglés]

I. Introducción

1. Como preparativo para el 49º período de sesiones del Grupo de Trabajo, el Gobierno de Suiza desea presentar al Grupo de Trabajo dos propuestas concernientes a la revisión del texto del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI relativas a sus artículos 19 y 26. La versión inglesa de estas propuestas fue presentada a la Secretaría el 8 de septiembre de 2008. En el anexo de la presente nota se reproduce el texto presentado por el Gobierno de Suiza, tal como se recibió en la Secretaría.

Anexo

Reglamento de arbitraje de la CNUDMI: Revisión

Artículo 19, párrafo 3: versión enmendada propuesta

3. En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones siempre que el tribunal arbitral decida que las circunstancias justifican la demora, el demandado podrá formular una reconvención o hacer valer un derecho a título de compensación.

El tribunal arbitral será competente para entender de una excepción interpuesta a título de compensación aun cuando el derecho que se invoque a efectos de compensación no sea objeto del acuerdo de arbitraje, y aun cuando dicho derecho sea objeto de otro acuerdo de arbitraje o de un pacto de elección de foro, con tal de que se cumplan los requisitos exigibles para otorgar la compensación con arreglo al derecho sustantivo aplicable a la demanda principal.

Solo será admisible una reconvención cuando el derecho alegado sea objeto de un acuerdo de arbitraje entre las partes en un litigo que hayan hecho revisión al presente Reglamento y cuando exista un vínculo suficiente entre el derecho alegado y la demanda principal.

Artículo 26: versión abreviada propuesta

1. El tribunal arbitral podrá otorgar, a instancia de una de las partes, toda medida cautelar que estime necesaria para la resolución equitativa y eficiente de la controversia. El tribunal arbitral podrá también modificar, suspender o revocar la medida otorgada, obrando a instancia de una de las partes o, en casos excepcionales, por iniciativa propia.

2. Antes de pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, el tribunal arbitral podrá ordenar a la otra parte que no frustre la medida que haya sido solicitada. Dicha orden preliminar podrá emitirse antes de haberse comunicado a la otra parte la solicitud de una medida cautelar, con tal de que dicha comunicación no sea ulterior a la emisión de la orden preliminar y con tal de que se dé a la otra parte una oportunidad inmediata para ser oída.

[variante: suprimir el artículo 15 3) que es contrario a la práctica seguida por aquellos tribunales e instituciones arbitrales que exigen que las partes presenten sus documentos al tribunal o a la institución que será quien se encargue de hacer llegar una copia a la otra parte.]

3. El tribunal arbitral podrá exigir que la parte que solicite una medida cautelar o una orden preliminar deposite una caución apropiada.

4. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que notifique todo cambio importante que haya habido en las circunstancias que dieron lugar a que se solicitara o se otorgara una medida cautelar o una medida preliminar.

5. El tribunal arbitral podrá pronunciarse en cualquier momento sobre toda demanda de indemnización por el daño indebidamente causado por la orden preliminar o la medida cautelar.

6. La solicitud de una medida cautelar de cualquier índole presentada por una de las partes ante una autoridad judicial no será tenida por incompatible con el acuerdo entre las partes de someterse a arbitraje, o como una renuncia a dicho acuerdo.

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 50º período de sesiones (Nueva York, 9 a 13 de febrero de 2009)

(A/CN.9/669) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-8
II.	Organización del período de sesiones	9-16
III.	Deliberaciones y decisiones	17
IV.	Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	18-119
	Sección III. Procedimiento arbitral	19-119
V.	Organización de la labor futura	120-121

I. Introducción

1. En su 31º período de sesiones (Nueva York, 1 a 12 de junio de 1998), la Comisión, en el marco de sus deliberaciones acerca del "Día de la Convención de Nueva York", jornada conmemorativa especial por la que celebró en junio de 1998 el cuadragésimo aniversario de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (en adelante, "la Convención de Nueva York"), estimó que sería oportuno entablar un debate sobre la posible labor futura que cabría emprender en materia de arbitraje. Pidió a la Secretaría que preparara una nota que sirviera de base para que la Comisión examinara esta cuestión en su siguiente período de sesiones[1].

2. En su 32º 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 del arbitraje comercial internacional" (A/CN.9/460). Aprovechando la oportunidad de examinar la conveniencia y viabilidad de seguir desarrollando el régimen legal del arbitraje comercial internacional, la Comisión estimó en general que había llegado la hora de evaluar la ya considerable y favorable experiencia adquirida en la promulgación de leyes internas inspiradas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) (en adelante, "la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje"), así como en la utilización del Reglamento de

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/53/17), párr. 235.

Arbitraje de la CNUDMI (en adelante, "el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI" o "el Reglamento") y del Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y de evaluar en un foro universal como el de la Comisión, la aceptabilidad de las ideas y propuestas presentadas para el perfeccionamiento de las normas legales y reglamentarias aplicables al arbitraje y de las prácticas seguidas al respecto[2]. Al examinar la Comisión este tema, dejó abierta la cuestión de cuál sería la forma que debería revestir el texto que elaborara. Se convino en que se aplazaran para más adelante las decisiones al respecto para adoptarlas cuando se conociera mejor el contenido de las soluciones propuestas. Cabría, por ejemplo, preparar una normativa uniforme de rango legislativo (en forma de disposiciones legales modelo o de un tratado) o un texto de rango no legislativo (como pudiera ser una normativa contractual modelo o una guía de prácticas recomendadas)[3].

3. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión convino en que se diera prioridad al tema de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La Comisión tomó nota de que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que había sido uno de los primeros instrumentos que elaboró la CNUDMI en materia de arbitraje, había conseguido un notable éxito y había sido adoptado por muchos centros de arbitraje; además, se había utilizado en casos muy distintos, como, por ejemplo, en controversias entre inversionistas y autoridades estatales. Habida cuenta del éxito y del prestigio que había logrado el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la Comisión opinó en general que, al procederse a su revisión, no debía alterarse la estructura del texto ni su espíritu ni su estilo, y que debería mantenerse su flexibilidad y no hacerlo más complejo. Se sugirió que el Grupo de Trabajo definiera cuidadosamente una lista de temas que tal vez conviniera mejorar en una versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[4].

4. Se mencionó la importancia de determinar el ámbito de la "arbitrabilidad", estimándose que también debería darse prioridad a esta cuestión. Se estimó asimismo que correspondería al Grupo de Trabajo determinar si procedía dar una definición genérica de los tipos de controversias que cabría dirimir por arbitraje, complementándola tal vez con una lista ilustrativa de las mismas, o si sería preferible que se definieran en una disposición de rango legislativo las cuestiones o tipos de controversias que no cabría dirimir por la vía arbitral. Se sugirió que tal vez fuera útil para los Estados que se estudiara la cuestión de la arbitrabilidad de las controversias concernientes a la propiedad inmobiliaria, a la competencia desleal y a la insolvencia. No obstante, se expresó cierto reparo al respecto dado que esa delimitación de las controversias dirimibles o no por arbitraje suscitaba cuestiones de orden público legal interno que eran notoriamente difíciles de definir en términos uniformes, por lo que toda tentativa de facilitar una lista predefinida de materias susceptibles o no de arbitraje podría restringir innecesariamente el margen de maniobra de cada Estado para tener en cuenta ciertos problemas de orden público de su derecho interno, que tal vez evolucionaran con el tiempo[5].

---

[2] *Ibid.*, *quincuagésimo cuarto período de sesiones, Suplemento núm. 17 (*A/54/17), párr. 337.
[3] *Ibid.*, párr. 338.
[4] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 184.
[5] *Ibid.*, párr. 185.

5. Entre los demás temas que se mencionaron para su posible inclusión en la labor futura del Grupo de Trabajo cabe mencionar los problemas planteados por la solución de controversias por vía informática. Se opinó que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, leído conjuntamente con otros instrumentos, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Comercio Electrónico y la Convención de las Naciones Unidas sobre las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, permitía ya resolver algunas de las cuestiones suscitadas por el empleo de la vía electrónica para la concertación del contrato. Otra cuestión que cabría estudiar era la del recurso eventual al arbitraje en casos de insolvencia. También se sugirió que el Grupo de Trabajo estudiara los efectos en el arbitraje internacional de los mandamientos judiciales de no entablar actuaciones paralelas. Otra sugerencia fue la de que se estudiara la posibilidad de aclarar los conceptos enunciados en el párrafo 1) del artículo I de la Convención de Nueva York, al hablarse de los laudos arbitrales dictados en el territorio de un Estado distinto de aquel en el que se pida su reconocimiento y ejecución, o al hablarse de los laudos arbitrales que no sean considerados laudos nacionales en el Estado en el que se pida su reconocimiento y ejecución, que, según se dijo, eran cuestiones que habían suscitado dudas en algunos foros nacionales. 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 se ocupara de promover la disciplina contractual, la eficacia de los pactos de arbitraje y la ejecutoriedad de los laudos en ese ramo[6].

6. Tras deliberar, la Comisión llegó en general a la conclusión de que el Grupo de Trabajo podía ocuparse paralelamente de varias cuestiones y convino en que el Grupo de Trabajo reanudara su labor sobre el tema de la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. También se convino en que la cuestión de si una controversia podía ser o no objeto de arbitraje era otro posible tema para la labor futura del Grupo de Trabajo. En cuanto a la solución de controversias por vía informática, se acordó que el Grupo de Trabajo incluyera el tema en su programa pero que, por lo menos en la etapa inicial, estudiara las repercusiones de las comunicaciones electrónicas en el contexto de la revisión del texto actual del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI[7].

7. En su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007), la Comisión observó que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no se había modificado desde su aprobación en 1976 y que la revisión debería tener por objeto modernizarlo y fomentar una mayor eficiencia en el procedimiento arbitral. La Comisión convino en general en que el mandato de mantener la estructura original y el espíritu del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI había proporcionado al Grupo de Trabajo una orientación útil en las deliberaciones que ha mantenido hasta la fecha y dicho mandato debería seguir rigiendo su labor[8]. La Comisión observó que en el Grupo de Trabajo una amplia mayoría de delegaciones había respaldado un enfoque genérico por el que se tratara de hallar denominadores comunes que fueran aplicables a todos los tipos de arbitraje, independientemente del tema de la controversia, en vez de tratar de resolver situaciones específicas. No obstante, la

[6] *Ibid.*, párr. 186.
[7] *Ibid.*, párr. 187.
[8] *Ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17, Part I), párr. 174.

Comisión observó que el Grupo de Trabajo tenía pendiente la tarea de examinar, en períodos de sesiones futuros, hasta qué punto deberían abordarse, en la revisión del Reglamento, las cuestiones como la solución por vía arbitral de las controversias entre inversionistas y autoridades estatales o el arbitraje administrado por alguna institución[9].

8. En su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008), la Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había decidido proseguir la labor emprendida en orden a la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma genérica actual y recabar la orientación de la Comisión acerca de si, una vez concluida su labor actual sobre el Reglamento, el Grupo de Trabajo debería examinar más en detalle la especificidad de los arbitrajes celebrados en el marco de un tratado y, en dicho caso, cuál sería la forma que habría de darse a dicha labor[10]. Tras deliberar al respecto, la Comisión convino en que no procedía incluir en el propio texto del Reglamento reglas especiales sobre el arbitraje entablado en el marco de un tratado y en que toda tarea futura que el Grupo de Trabajo emprendiera acerca de las controversias entre inversionistas y autoridades estatales no debería demorar la finalización del proceso de revisión del Reglamento de Arbitraje en su forma genérica actual. En cuanto al calendario de trabajo, la Comisión convino en que el tema de la transparencia en los procedimientos de arbitraje entre inversionistas y autoridades estatales basados en tratados merecía ser examinado en el futuro, por lo que debería tratarse con prioridad inmediatamente después de que se concluyera la revisión actual del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En cuanto al alcance de tal labor futura, la Comisión estimó por consenso que era importante asegurar la transparencia en la solución de las controversias entre inversionistas y autoridades estatales. En efecto, opinó que, como señaló el Grupo de Trabajo en su 48º período de sesiones (A/CN.9/646, párr. 57) se debía abordar en trabajos futuros la cuestión de la transparencia como objetivo conveniente en los arbitrajes entablados entre Estados e inversionistas privados. En cuanto a la forma que pudiera revestir esa labor futura, la Comisión observó que el Grupo de Trabajo había contemplado varias posibilidades (*ibid.*, párr. 69) en materia de arbitraje en el marco de un tratado, entre ellas la preparación de textos tales como cláusulas modelo, reglas concretas o directrices, un anexo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en su forma genérica, reglas especiales de arbitraje o cláusulas optativas insertables en un tratado. La Comisión decidió que era prematuro adoptar una decisión sobre la forma de un futuro texto sobre arbitraje en el marco de un tratado y que, a este respecto, debía dejarse un amplio margen discrecional al Grupo de Trabajo[11].

II. Organización del período de sesiones

9. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 50º período de sesiones en Nueva York del 9 al 13 de febrero de 2009. Asistieron al período de sesiones los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Armenia, Australia, Austria, Bahrein, Belarús, Benin, Bolivia, Bulgaria, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Ecuador, Egipto,

[9] *Ibid.*, párr. 175.
[10] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 313.
[11] *Ibid.*, párr. 314.

El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Grecia, Guatemala, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Líbano, Malasia, México, Namibia, Nigeria, Noruega, Pakistán, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Senegal, Singapur, Suiza, Tailandia, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

10. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Angola, Argentina, Arabia Saudita, Bélgica, Brasil, Burkina Faso, Costa Rica, Croacia, Filipinas, Finlandia, Ghana, Haití, Indonesia, Jamahiriya Árabe Libia, Kuwait, Mauricio, Nicaragua, Países Bajos, Perú, Qatar, Rumania, Santa Sede, Suecia, Togo, Túnez, Turquía y Yemen.

11. Asistieron también al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones del sistema de las Naciones Unidas: Oficina de Asuntos Jurídicos y Banco Mundial.

12. Asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones intergubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Comisión Europea (CE), Comité Consultivo Internacional del Algodón (CCIA), Corte Centroamericana de Justicia (CCJ), Corte Permanente de Arbitraje, MERCOSUR y Organización Consultiva Jurídica Asiático-Africana.

13. Asistieron asimismo al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por la Comisión: Alumnos del Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Willem C. Vis, American Association of Private International Law (ASADIP), American Bar Association (ABA), Asian Pacific Regional Arbitration Group (APRAG), Asociación Árabe para el Arbitraje Internacional, Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos, Asociación Europea de Abogados de Empresa, Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados, Asociación para la Promoción del Arbitraje en África (APAA), Asociación Suiza de Arbitraje y Unión Internacional de Abogados, Association of the Bar of the City of New York (ABCNY), Center for International Environmental Law (CIEL), Centre pour l'Étude et la Pratique de l'Arbitrage National et International (CEPANI), Centro de Arbitraje Comercial, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Consejo de Cooperación del Golfo (CCG), Consejo de la Abogacía Europea (CCBE), Consejo Interamericano de Arbitraje Comercial (CIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), Corte Internacional de Arbitraje, Federación Interamericana de Abogados (FIA), Forum for International Commercial Arbitration C.I.C. (FICACIC), Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRCA), School of International Arbitration of the Queen Mary University of London y Singapore International Arbitration Centre (SIAC).

14. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

Presidente: Sr. Michael E. Schneider (Suiza);

Relator: Sr. Abbas Bagherpour Ardekani (República Islámica del Irán).

15. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: a) programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.153); b) notas de la Secretaría sobre la

revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/WG.II/WP.151, A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, A/CN.9/WG.II/WP.152 y A/CN.9/WG.II/WP.154).

16. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

17. El Grupo de Trabajo reanudó su labor sobre el tema 4 del programa basándose en las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.151, A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1, A/CN.9/WG.II/WP.152 y A/CN.9/WG.II/WP.154). Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo respecto de este tema se recogen en el capítulo IV. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI basándose en las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo. Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo respecto del tema 5 se recogen en el capítulo V.

IV. Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

18. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 49º período de sesiones, había concluido la primera lectura de los artículos 1 a 17 (A/CN.9/665) y convenido en reanudar los debates sobre la revisión del Reglamento basándose en el documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 y en las propuestas de revisión que figuraban en él.

Sección III. Procedimiento arbitral

Artículo 18: Escrito de demanda

Párrafo 1

19. El Grupo examinó la última frase del párrafo 1, que se había agregado al texto para regular el caso del demandante que decida considerar que su notificación de arbitraje constituye su escrito de demanda. La finalidad de esa frase es dar al demandante la posibilidad de aplazar su decisión sobre si su notificación de arbitraje constituye su escrito de demanda hasta que el tribunal arbitral lo inste a presentar su escrito de demanda, en vez de tener que adoptar tal decisión en el momento de la notificación de arbitraje. Se opinó que esta disposición sería útil en la práctica, pues especificaba que no era preciso que una parte presentara un escrito de demanda si estimaba que su notificación de arbitraje ya cumplía esa finalidad.

20. Se observó que, aun así, toda notificación de arbitraje equiparada a un escrito de demanda habría de cumplir los requisitos enunciados en el párrafo 2 del artículo 18, por lo que se propuso aclarar este punto agregando, al final del párrafo 1, una frase del siguiente tenor: “, siempre y cuando tal notificación cumpla los requisitos enunciados en el párrafo 2”. Se sostuvo además que la notificación de arbitraje debería cumplir también lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 18.

21. Se puso en entredicho la necesidad de agregar esta frase al texto del párrafo. Concretamente, una delegación estimó que era el tribunal arbitral el que debía ocuparse de la cuestión general de las consecuencias de un escrito de demanda incompleto, y que en el Reglamento no debían regularse tales detalles. Esta opinión no obtuvo apoyo.

22. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en general en que toda notificación de arbitraje que se equiparara a un escrito de demanda debería cumplir con lo dispuesto en el artículo 18; por consiguiente, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara la última frase del párrafo 1 teniendo en cuenta lo acordado. El Grupo de Trabajo también tomó nota de la observación hecha por un delegado en el sentido de que cabía la posibilidad de que las disposiciones relativas al contenido de la notificación de arbitraje, enunciadas en el artículo 3, y las disposiciones referentes al contenido del escrito de demanda, que figuraban en el artículo 18, contuvieran repeticiones, por lo que estimó que tal vez convendría que esta cuestión se examinara en una etapa posterior de las deliberaciones sobre el artículo 3.

Párrafo 2

23. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del párrafo 2.

Párrafo 3

24. El Grupo de Trabajo convino en que, en el párrafo 3, se sustituyeran las palabras “otros materiales probatorios” por las palabras “otras pruebas”, conforme figuran en la versión de 1976 del Reglamento, debido a que estas últimas palabras abarcan todas las pruebas que puedan presentarse en la etapa del escrito de demanda, mientras que los términos “otros materiales probatorios” podrían interpretarse en un sentido más restrictivo, por ejemplo, suponiendo que la expresión no abarca los testimonios o las declaraciones por escrito de testigos.

Artículo 19: Contestación

Párrafo 1

25. Se observó que la última frase del párrafo 1 se había agregado al texto con miras a regular el caso del demandado que decide considerar que su respuesta a la notificación de arbitraje constituye su contestación. El Grupo de Trabajo convino en que esta frase se revisara para ajustarla a las modificaciones aprobadas de la última frase del párrafo 1 del artículo 18 (véanse los párrafos 19 a 22 *supra*).

Párrafo 2

26. El Grupo de Trabajo adoptó en lo esencial el párrafo 2 del artículo 19, a reserva de que se sustituyeran las palabras “otros materiales probatorios” por “otras

pruebas", a fin de ajustar la disposición a la enmienda introducida en el párrafo 3 del artículo 18 (véase el párrafo 24 *supra*).

Párrafo 3

Demandas formuladas a los efectos de una compensación y reconvenciones

27. El Grupo de Trabajo recordó que, en sus anteriores deliberaciones, había convenido en que se introdujera en el párrafo 3 una disposición relativa a la compensación y en que, en determinadas condiciones, la competencia del tribunal arbitral para resolver sobre las demandas con fines de compensación, así como sobre las reconvenciones, debería ir más allá del ámbito del contrato del que naciera la demanda principal y que esa competencia debería abarcar supuestos más diversos (A/CN.9/614, párrs. 93 y 94; A/CN.9/619, párrs. 157 a 160). El Grupo de Trabajo tomó nota de que en la versión revisada del párrafo 3 figuraban dos opciones. De conformidad con la primera, el demandado podría hacer valer una demanda a los efectos de una compensación o formular una reconvención "basada en una misma relación jurídica, sea esta contractual o no". Conforme a la segunda opción, podría presentarse una demanda con fines de compensación o una reconvención "siempre y cuando entre en el ámbito del acuerdo de arbitraje".

28. El Grupo de Trabajo tuvo también a su disposición una propuesta presentada por una delegación en el documento A/CN.9/WG.II/WP.152. Conforme a esa propuesta, el tribunal arbitral debería admitir a trámite toda demanda presentada a efectos de compensación aun cuando el derecho que se invocara no fuera objeto del acuerdo de arbitraje o incluso si fuera objeto de otro acuerdo de arbitraje o de un pacto de elección de foro, siempre y cuando se cumplieran los requisitos exigibles para otorgar la compensación con arreglo al derecho sustantivo aplicable a la demanda principal. Se explicó que una demanda de compensación era un mecanismo de defensa, y que en algunos ordenamientos jurídicos la demanda de compensación hacía decaer la demanda principal desde que se cumplían las circunstancias que la justificaban. En tal caso, se dijo que no requería que se examinara si era aplicable el acuerdo de arbitraje. En cambio, según la propuesta, las reconvenciones eran demandas diferentes que iban más allá de un mero mecanismo de defensa y que, por lo tanto, habrían de entrar en el ámbito del acuerdo de arbitraje concertado entre las partes en un litigio y debían tener un vínculo suficiente con la demanda principal.

29. Algunas delegaciones apoyaron la propuesta por estimar que preveía normas diferentes para las demandas a efectos de compensación y para las reconvenciones y que, por consiguiente, orientaría a los tribunales arbitrales acerca de sus competencias. No obstante, según la opinión general, la propuesta iba demasiado lejos y probablemente no resultaría de fácil aceptación en todos los ordenamientos jurídicos. Se señaló que las demandas a efectos de compensación y las reconvenciones eran cuestiones de derecho procesal interno y que tal vez no sería adecuado que en el Reglamento figuraran normas sustantivas de carácter universal sobre esas cuestiones. Se sostuvo que, en ambos casos, el tribunal arbitral debería ante todo decidir si era competente o no al respecto y tratar del mismo modo las demandas de compensación y las reconvenciones. Además, se observó que la propuesta podría suscitar impugnaciones en virtud de la Convención de Nueva York respecto del alcance del acuerdo de arbitraje, aun en el caso de que las partes

hubieran aceptado esta ampliación de competencias al acordar la aplicación del Reglamento.

30. El Grupo de Trabajo examinó las opciones 1 y 2 del párrafo 3 del artículo 19, que figuraban en el documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1. Algunas delegaciones se declararon partidarias de la opción 2. Se formuló la propuesta de que el texto de la opción 2, en vez de "del acuerdo de arbitraje", dijera "de un acuerdo de arbitraje", a fin de que quedara claro que el concepto de acuerdo de arbitraje no se limitaba al acuerdo en que se basara la demanda principal, sino que debería interpretarse con un criterio más amplio. Se propuso asimismo que se combinaran los textos de las opciones 1 y 2 para así regular mejor las consecuencias que pudieran tener los acuerdos de arbitraje redactados con criterios amplios en la admisibilidad de las demandas presentadas a efectos de compensación y de las reconvenciones. Otra delegación sugirió que se permitieran las demandas de compensación y las reconvenciones, siempre que entraran en el ámbito del acuerdo de arbitraje y estuvieran suficientemente vinculadas a la demanda principal. Si bien algunas delegaciones apoyaron esta propuesta, se consideró en general que era demasiado restrictiva. Además, se opinó que la idea de "estar suficientemente vinculadas" podría dar pie a distintas interpretaciones.

31. Se observó que sería mejor que en el texto no se previera ninguna regla sustantiva sobre la determinación de la competencia del tribunal arbitral, pues podría interpretarse de distintas maneras en los diversos ordenamientos jurídicos. Así pues, se sugirió que, en el párrafo 3, se sustituyeran las dos opciones por la siguiente frase: ", siempre y cuando el tribunal fuera competente al respecto". Si bien algunas delegaciones objetaron que, con esas palabras, no se daba suficiente orientación para determinar la competencia del tribunal arbitral, la propuesta obtuvo un amplio apoyo. Además, se estimó que su texto era suficientemente amplio para abarcar una amplia gama de supuestos y que no requería definiciones sustantivas de los conceptos de reconvención y de demanda a efectos de compensación, permitiendo además tener en cuenta el caso de decaimiento de la demanda a consecuencia de la compensación.

32. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en enmendar el contenido del párrafo 3 sustituyéndolo por un texto del siguiente tenor: "En su contestación, o en una etapa ulterior de las actuaciones, si el tribunal arbitral decidiese que las circunstancias justificaban la demora, el demandado podrá formular una reconvención o hacer valer una demanda a los efectos de una compensación, siempre y cuando el tribunal sea competente para conocer de ellas".

Párrafo 4

33. El Grupo de Trabajo aprobó sin cambios el contenido del párrafo 4.

Artículo 20: Modificaciones de la demanda o de la contestación

"Alcance del acuerdo de arbitraje" – "Competencia del tribunal arbitral"

34. El Grupo de Trabajo convino en que, habida cuenta de la revisión aprobada del párrafo 3 del artículo 19 (véase el párrafo 32 *supra*), habría que enmendar en consecuencia la última frase del artículo 20, y en que la referencia al campo de aplicación del acuerdo de arbitraje debería sustituirse por una referencia a la

competencia del tribunal arbitral, a fin de que pudiera modificarse o complementarse una demanda si el tribunal arbitral fuera competente para conocer de ella.

"Demanda o contestación"

35. El Grupo de Trabajo convino además en que la segunda frase del artículo 20, en vez de decir "una demanda no podrá [...] la demanda modificada no entre ...", dijera "una demanda o una contestación no podrán [...] la demanda o la contestación modificadas ...", a fin de ajustar su texto al de la primera frase del artículo.

Artículo 21: Declinatoria de la competencia del tribunal arbitral

Párrafo 1

"o de un instrumento jurídico"

36. El Grupo de Trabajo recordó su anterior decisión por la que acordó que el párrafo 1 se formulara de nuevo siguiendo la pauta del párrafo 1) del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, a fin de aclarar que el tribunal arbitral está facultado para entender de cuestiones relativas a la existencia y al alcance de su propia competencia y para pronunciarse al respecto (véase A/CN.9/614, párr. 97). En aras de la coherencia con las modificaciones aprobadas por el Grupo de Trabajo de los artículos 1, 3 y 18, se sugirió que, en las frases segunda y tercera del artículo 21 se agregaran, después de las palabras "un contrato" y "el contrato", respectivamente, las palabras "o de un instrumento jurídico" (en la segunda frase) y "o el instrumento jurídico" (en la tercera frase). Se sostuvo que con la inserción de esas palabras se evitaría una limitación de los tipos de controversias que las partes pudieran someter a arbitraje y, en particular, se regularían útilmente las controversias derivadas de tratados internacionales sobre inversiones.

37. Si bien las delegaciones estimaron que la coherencia era un factor importante en la revisión del Reglamento, el Grupo de Trabajo convino en que la modificación sugerida podía tener consecuencias de gran alcance en cuestiones de derecho internacional público. Se argumentó que el principio de disociación, enunciado en el párrafo 1 del artículo 21, que era aplicable en el contexto de los contratos comerciales, no podía transponerse a los tratados internacionales mediante una enmienda del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. El Grupo de Trabajo no se pronunció acerca de si los derechos sustantivos conferidos a un inversionista por un contrato, inclusive el derecho a someter una controversia a arbitraje, quedarían extinguidos cuando el tratado perdiera su vigencia. A este respecto, se puso de relieve que ese principio de disociación no estaba siempre reconocido en el contexto de los tratados internacionales. Además, numerosas delegaciones estimaron que no sería apropiado tratar de regular cuestiones de derecho internacional público en un instrumento como el Reglamento.

"admisibilidad de las demandas de las partes" – "y el ejercicio de sus competencias"

38. Se observó que en el artículo 21 se regulaba la facultad del tribunal arbitral para decidir si era o no competente y en qué medida. En aras de la claridad, se sugirió que se insertara también en el texto una referencia a la facultad del tribunal

arbitral para decidir si las demandas de las partes eran o no admisibles. Concretamente se sugirió que, en la primera frase del párrafo 1, después de las palabras "para decidir acerca de su propia competencia", se insertaran las palabras "y sobre el ejercicio de la misma". En el mismo sentido, otra delegación propuso que el texto previera la capacidad del tribunal arbitral para "decidir el alcance de sus propias competencias". Estas propuestas no obtuvieron apoyo, pues se consideró que las cuestiones de la competencia del tribunal, por una parte, y de la admisibilidad de las demandas, por otra, eran cuestiones diferentes que se planteaban en distintos momentos del procedimiento arbitral. Por consiguiente, se estimó que no sería apropiado regularlas en el párrafo 1.

39. Si bien se decidió no modificar el texto de esta disposición del Reglamento, el Grupo de Trabajo confirmó que, a su modo de ver, debería entenderse que la facultad general del tribunal arbitral de decidir sobre sus competencias, mencionada en el párrafo 1, implicaba también la facultad de decidir sobre la admisibilidad de las demandas de las partes o, de forma más general, sobre el ejercicio de sus propias competencias. El Grupo de Trabajo confirmó además que, a su entender, el artículo 21 era también aplicable a toda objeción formulada por una parte respecto de la capacidad del tribunal arbitral para ejercer sus competencias o examinar las cuestiones de fondo de una demanda.

"es inexistente o carece de validez" – "es nulo" [defectos de un contrato]

40. Se sugirió que, en la tercera frase del párrafo 1 del artículo 21, se sustituyeran las palabras "es nulo" por "es inexistente o carece de validez". Esta sugerencia se justificó con el argumento de que los términos "es nulo" habían suscitado especiales dificultades de aplicación, en particular en algunos ordenamientos de "common law". Se sostuvo también que había supuestos que no quedaban necesariamente reglamentados con los términos "es nulo", por ejemplo, el caso de un contrato que hubiera expirado con el paso del tiempo. Se consideró que el hecho de decir que un contrato carecía de validez o no existía sustentaba mejor la idea general de que en ningún caso un defecto en un contrato entrañaría de por sí la invalidez de la cláusula compromisoria. Además, se propugnó la inserción de las palabras "no existe o carece de validez", pues eran necesarias para armonizar la tercera frase con las palabras "existencia o validez", que figuraban en la primera frase del párrafo 1 del artículo 21.

41. Frente a esta propuesta, se puso de relieve que en algunos ordenamientos jurídicos el concepto de la "inexistencia de un contrato" había suscitado especiales dificultades de aplicación. Se señaló además que las palabras "es nulo" no habían causado problemas en la práctica y que también figuraban en el párrafo 3 del artículo II de la Convención de Nueva York y en el párrafo 1) del artículo 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre el Arbitraje. Se observó asimismo que la primera frase del párrafo trataba la cuestión de la existencia o de la validez del acuerdo de arbitraje, mientras que la tercera frase se refería a la validez del contrato en el que figurara la cláusula compromisoria. Por consiguiente, no se estimó que fuera necesario armonizar ambas frases.

42. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que los defectos de un contrato mencionados en la tercera frase del párrafo 1 deberían interpretarse con el criterio más amplio posible a fin de que abarcaran todos los supuestos en que un contrato

pudiera considerarse nulo de pleno derecho, inexistente, carente de validez o ineficaz. A tal efecto, se sugirió que, en la versión inglesa, se suprimieran, en la última frase del párrafo 1, los términos "and void" y se mantuviera el término "null". Se consideró que este último término era lo suficientemente amplio para abarcar todos los defectos legales de un contrato. Se argumentó también que, suprimiendo esos términos, se ajustaría la versión inglesa a las versiones en otros idiomas y se propiciaría una interpretación amplia del concepto de defectos de un contrato. A este respecto una delegación comentó que en la jurisprudencia se había dado al término "null" una interpretación más amplia que al concepto de "null and void".

43. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que, en la versión inglesa de la tercera frase del párrafo 1, se suprimieran los términos "and void".

"ipso jure"

44. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 46º período de sesiones, había decidido, en aras de la simplicidad, sustituir la expresión "ipso jure" por términos como "en sí mismo" (véase A/CN.9/619, párr. 162). Se observó que el término "automáticamente" sería una mejor traducción que "en sí mismo" de la expresión latina "ipso jure". Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se sustituyera la expresión "ipso jure" por el término "automáticamente". Sin embargo, habría que mantener la expresión "ipso jure" en la versión española del Reglamento. La expresión más adecuada para la versión francesa del Reglamento sería "de plein droit".

Párrafo 2

45. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 2.

Párrafo 3

46. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del párrafo 3.

Artículo 22: Otros escritos

47. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del artículo 22.

Artículo 23: Plazos

48. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del artículo 23.

Artículo 24: Pruebas y audiencias

Párrafos 1 y 3

49. El Grupo de Trabajo adoptó sin cambios el contenido del artículo 24, con las modificaciones consideradas en los párrafos 70 a 75 *infra*.

Propuesta de supresión del párrafo 2 del artículo 24 de la versión de 1976 del Reglamento

50. En respuesta a la pregunta de si debía suprimirse el párrafo 2 del artículo 24 de la versión de 1976 del Reglamento, se recordó que la gran mayoría de las delegaciones había propugnado la supresión de ese párrafo por estimar que tal vez

no fuera práctica corriente que un tribunal arbitral requiriera a las partes que presentaran un resumen de los documentos (véase A/CN.9/641, párrs. 22 a 25). Se recordó asimismo que el párrafo 2 se basaba en el supuesto de que las pruebas sustanciales no se presentarían más que en la audiencia, lo que colisionaba con las disposiciones de los artículos 18 y 19 revisados que alentaban a las partes a adjuntar al escrito de demanda o de contestación, "en la medida de lo posible, todos los documentos y otros materiales probatorios en que se funde el demandante [o el demandado] o referencias a los mismos".

51. Se insistió también en que no habría que deducir de la supresión del párrafo 2 que con ello se mermaba la facultad discrecional del tribunal arbitral para pedir a las partes que presentaran resúmenes de sus documentos y pruebas sobre la base del artículo 15. El Grupo de Trabajo confirmó su decisión de suprimir el párrafo 2 que figura en la versión de 1976 del Reglamento.

Artículo 25: Audiencias, testigos y peritos

Comentarios sobre el artículo 25

52. A continuación se exponen los comentarios que hicieron varias delegaciones sobre el artículo 25.

"Peritos y testigos presentados por las partes" (título del artículo 25)

53. A fin de dejar claro que los peritos designados por las partes se incluían en la categoría más general de testigos, se sugirió sustituir el título del artículo 25 por palabras del siguiente tenor: "Audiencias, testigos, inclusive testigos presentados por las partes". Se señaló asimismo que en el párrafo 2 del artículo 15, se hablaba de audiencias para la presentación de pruebas por testigos, inclusive peritos. Se indicó también que en las otras partes pertinentes del texto del artículo 25 deberían emplearse estos mismos términos. De otra parte se observó que los peritos normalmente no testifican ante un tribunal sino que ofrecen una opinión, por lo que quizá no fuera adecuado utilizar el verbo "testifique".

54. Los términos que se emplearan en el título y en la disposición deberían dejar claro que el artículo 25 es aplicable a los testigos y peritos presentados por una parte, y no a los peritos designados por el tribunal, y que los testigos previstos en el artículo 25 abarcan a las personas que prestan testimonio sobre hechos o que dan opiniones periciales.

Regla general sobre la organización de las audiencias (párrafo 1)

55. En el párrafo 1 se enuncia el principio general de que el tribunal arbitral debe dar aviso a las partes, con suficiente antelación, de la celebración de una audiencia, mientras que en los párrafos 2 y 3 se regula la organización de las audiencias. Se consideró que el tribunal arbitral debería gozar de un amplio margen de discrecionalidad para organizar las audiencias y se propuso que las disposiciones de los párrafos 2 y 3, consideradas demasiado detalladas, se suprimieran y se sustituyeran por una disposición más genérica que se insertaría en el párrafo 1, cuyo texto sería entonces el siguiente: "En caso de celebrarse una audiencia, el tribunal arbitral dará aviso a las partes, con suficiente antelación, de su fecha, hora y lugar, y organizará las actuaciones de modo que las partes estén oportunamente informadas

de los testigos y peritos que vayan a testificar, de los idiomas en que se celebrará la audiencia y de los procedimientos que se seguirán en ella".

56. Sobre esta disposición genérica se formuló una reserva en el sentido de que, si debía reemplazar los párrafos 2 y 3, no daría suficiente orientación a los tribunales arbitrales, y se opinó que esos párrafos cumplían útiles fines de información. Se respondió que en las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral ya se daba orientación sobre esas cuestiones, por lo que no era preciso insertar en el Reglamento disposiciones detalladas sobre los aspectos organizativos de las audiencias.

Condiciones en que prestarán declaración los testigos (párrafo 1 bis)

57. Se observó que en el párrafo 1 *bis* se enunciaba el principio general de que el tribunal arbitral fijaría las condiciones para las audiencias de testigos. Se señaló que en la primera frase del párrafo 1 *bis* y en la última frase del párrafo 4 se establecía una regla general sobre las condiciones en que los testigos deben prestar declaración, y se sugirió que se unificaran las dos frases en un texto del siguiente tenor: "Los testigos y peritos presentados por las partes podrán prestar testimonio en las condiciones que fije el tribunal arbitral y ser interrogados de la forma en que este decida". Esta sugerencia obtuvo apoyo.

Definición de los testigos (párrafo 1 bis)

58. Se objetó que de la segunda frase del párrafo 1 *bis* cabía deducir que el término "persona" excluía a las personas jurídicas, lo cual tal vez no se correspondiera con el sentido que se pretendía dar a la frase.

59. Se propuso que se simplificara la segunda frase del párrafo 1 *bis* sustituyéndola por una frase del siguiente tenor: "A los efectos del presente Reglamento, toda persona podrá ser testigo o testigo pericial". Se señaló que el párrafo 2) del artículo 25 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional (en adelante, "el Reglamento Suizo") contenía una disposición similar.

60. Sobre la cuestión de si una parte o el representante de una parte podía declarar en calidad de testigo o en otra calidad, tal como dispone el párrafo 1 *bis*, se observó que los diversos ordenamientos jurídicos regulaban esta cuestión de distintas maneras, por lo que se formularon reservas acerca de la inclusión de una disposición al respecto en el Reglamento. Se respondió que existían disposiciones de tenor similar en el artículo 4 del Reglamento de la Asociación Internacional de Abogados relativo a las reglas de la prueba en el arbitraje comercial internacional (de 1 de junio de 1999), en el párrafo 2) del artículo 25 del Reglamento Suizo y en el artículo 20.7 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje Internacional de la LCIA de Londres ("el Reglamento de la LCIA Londres").

Interrogatorio de los testigos (párrafo 2)

61. Se sugirió que en el párrafo 2 se incluyeran disposiciones que regularan el procedimiento de interrogatorio de los testigos y que, con tal fin, se agregaran, al final del párrafo 2, las siguientes palabras: "así como los nombres de los testigos y peritos que proponga interrogar". Sin embargo, se observó que el Reglamento no impedía el interrogatorio de testigos y, por esta razón, se puso en entredicho la necesidad de agregar al texto esas palabras.

Datos para establecer contacto (párrafo 2)

62. A fin de ajustar el texto del artículo a los términos empleados en los artículos 3 y 18 del Reglamento, se propuso que, en el párrafo 2, se sustituyeran las palabras "la dirección" por "los datos para establecer contacto con ellos".

Disposiciones detalladas para la organización de audiencias (párrafo 3)

63. En el párrafo 3 se detallan las disposiciones prácticas que podrá adoptar el tribunal arbitral al organizar audiencias. Se propuso que se suprimiera este párrafo por estimarse que fijaba demasiados detalles, que raras veces solían especificarse en los reglamentos de arbitraje modernos. Una delegación discrepó por considerar que el párrafo 3 podía servir de orientación útil para los tribunales arbitrales. Si se decidía mantener el párrafo en el texto del artículo, se sugirió que se sustituyera la palabra "traducción" por la palabra "interpretación", que se consideraba más apropiada.

"salvo cuando el testigo sea parte en el arbitraje" (párrafo 4)

64. En relación con la segunda frase del párrafo 4, se sugirió que las palabras "salvo cuando el testigo sea parte en el arbitraje" se antepusieran, entre comas, a las palabras "durante la declaración de otros testigos". Las delegaciones que se oponían a que se incluyera en el Reglamento una disposición en virtud de la cual una parte pudiera ser oída en calidad de testigo sugirieron que se suprimieran esas palabras.

Videoconferencia (párrafo 5)

65. Se observó que en el párrafo 5 se permitía que los testigos presentaran sus declaraciones verbalmente por algún medio de comunicación que hiciera innecesaria su presencia física. Se señaló además que el párrafo 5 se había redactado en términos genéricos y que tal vez fuera necesario aclarar que la finalidad de la disposición era permitir que las audiencias de testigos pudieran celebrarse por medios de comunicación tales como las videoconferencias. A fin de aclarar mejor el sentido de este párrafo se propuso que, en la versión inglesa, se agregara la palabra "physical" antes de "presence". Estas propuestas recibieron apoyo.

66. Se observó que el derecho de las partes a presentar testigos utilizando medios que no requirieran su presencia física debería estar sujeto al beneplácito del tribunal. A tal efecto, se propuso que, al final del párrafo 5, se agregaran las palabras ", a menos que el tribunal arbitral decida que no procede recurrir a tales medios". Se expresaron dudas sobre la necesidad de agregar al texto las palabras propuestas, habida cuenta de que en el párrafo 4 ya se enunciaba el principio general de la libertad del tribunal arbitral para decidir la forma en que habían de interrogarse los testigos y peritos.

67. En este contexto, se observó que el tema de la comunicación de información por las partes sobre los testigos que propusieran que fueran interrogados por medios que no requirieran su presencia física debía regularse expresamente en el párrafo 2.

Presentación de pruebas (párrafo 6)

68. Se puso de relieve que la cuestión de la admisibilidad de las pruebas presentadas, tratada en el párrafo 6, debía interpretarse con criterios amplios. Se opinó que tal vez conviniera enmendar el párrafo 6 de modo que previera la determinación de un plazo para la presentación de pruebas. Se sostuvo que el tribunal arbitral debería tener la facultad discrecional de rechazar las pruebas presentadas tardíamente. Se señaló asimismo que la referencia a esta facultad concreta del tribunal arbitral podría ser útil para respetar el principio de las debidas garantías procesales, en particular en los países con ordenamientos de derecho civil. Se observó también que el Reglamento no preveía ninguna sanción en caso de incumplimiento de lo dispuesto en materia de presentación de pruebas.

Variante de propuesta del artículo 25

69. Tras las amplias deliberaciones mantenidas sobre el artículo 25, en el Grupo de Trabajo se planteó el problema del posible riesgo de que con esa disposición se reglamentara en exceso el procedimiento de las audiencias, y la eventual necesidad de seguir un criterio diferente. Se opinó que algunas disposiciones del artículo 25, en particular los párrafos 2 y 3, regulaban detalles del procedimiento de las audiencias que podrían sobrecargar el reglamento y reducir su flexibilidad; además, esos detalles no solían regularse en los reglamentos modernos de arbitraje internacional. Se estimó que tal vez sería más adecuado adoptar el criterio de establecer un marco general por el que se dejara a la discreción del tribunal arbitral el modo de organizar las audiencias según las circunstancias de cada caso. Muchas delegaciones opinaron que habría que mantener las disposiciones del artículo 25 en las que se enunciaban principios fundamentales, pero deberían suprimirse las que solo contenían detalles de carácter procesal. Otras delegaciones, sin embargo, objetaron que no debía suprimirse ninguna disposición actual sin una razón imperiosa. Se manifestó también que si solo se mantuvieran en el texto los principios básicos, no se daría suficiente orientación a los tribunales arbitrales para la sustanciación de las audiencias. Frente a esa objeción, se sostuvo que el Reglamento no era un instrumento que tuviera principalmente fines didácticos.

70. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que el artículo 25 tenía la finalidad de establecer un marco general para la celebración de audiencias, y en que fuera enmendado para tener en cuenta ese objetivo. Así pues, se propuso que se revisaran los artículos 24 y 25 ("la nueva propuesta") del modo siguiente:

Artículo 24:

- El párrafo 1 permanecería sin cambios.
- Se propuso que se insertara en el artículo 24, como párrafo 2, la siguiente frase: "A menos que el tribunal arbitral disponga otra cosa, las declaraciones de los testigos y peritos podrán presentarse por escrito, en cuyo caso deberán ir firmadas por los interesados."
- El párrafo 3 permanecería sin cambios.
- Se insertaría a la disposición, como párrafo 4, el párrafo 6 del artículo 25.

Artículo 25:

- El artículo 25 se titularía "Audiencias".

- El párrafo 1 permanecería sin cambios.
- El párrafo 1 *bis* diría lo siguiente: "Los testigos y los peritos designados por las partes podrán prestar declaración y ser interrogados de la manera que disponga el tribunal arbitral. Conforme al presente Reglamento, toda persona que preste testimonio ante el tribunal sobre hechos o que dé una opinión pericial será considerada un testigo, a pesar de que dicha persona sea parte en el arbitraje o esté de algún modo vinculada a él."
- El párrafo 2 diría lo siguiente: "Al menos 15 días antes de la audiencia, el tribunal arbitral, tras haber invitado a las partes a expresar sus opiniones, elaborará una lista de las personas que vayan a ser interrogadas durante la audiencia y determinará el idioma o los idiomas que se emplearán."
- El párrafo 3 sería omitido.
- El párrafo 4 diría lo siguiente: "Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada, a menos que las partes acuerden lo contrario."
- El párrafo 5 diría lo siguiente: "El tribunal arbitral podrá disponer que los testigos y peritos sean interrogados por algún medio de comunicación que no haga necesaria su presencia física, como la videoconferencia."
- El contenido del párrafo 6 sería omitido y se trasladaría al artículo 24, relativo a las pruebas, como párrafo 4.

71. Se explicó que la nueva propuesta tenía la finalidad de aclarar las diversas etapas de la organización de las audiencias en lo que respecta al momento en que se darían a conocer los testigos y peritos, conforme a lo dispuesto en el articulo 18, así como el modo en que deberían presentarse las declaraciones de los testigos y peritos, conforme al artículo 24, y la organización de las audiencias, según el artículo 25.

Párrafo 2 del artículo 24 de la nueva propuesta

72. Se puso en duda que la palabra "perito", empleada en el párrafo 2 del artículo 24 de la nueva propuesta, abarcara tanto los peritos presentados por las partes como los que designe el tribunal, habida cuenta de que el artículo 27, relativo a los peritos designados por el tribunal, ya contenía una disposición sobre la presentación de declaraciones por tales peritos. Se puntualizó que la finalidad del párrafo 2 del artículo 24 era regular tanto la situación de los peritos presentados por las partes como la de los peritos designados por el tribunal. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo adoptó el contenido del párrafo 2 del artículo 24.

Párrafo 4 del artículo 24 de la nueva propuesta

73. Se pusieron reparos a que el párrafo 6 del artículo 25 fuera trasladado al artículo 24 por estimarse que ese párrafo no constituía una regla general sobre las pruebas. A pesar de esta reserva, la inserción del párrafo 6 del artículo 25 en el artículo 24, como párrafo 4, fue apoyada por numerosas delegaciones.

74. Se reiteró el argumento de que en esa disposición debía aclararse que el tribunal arbitral está expresamente facultado para rechazar las pruebas presentadas tardíamente. Por consiguiente, se propuso agregar, al final del párrafo 4 del artículo 24, una frase del siguiente tenor: "El tribunal arbitral podrá desestimar toda

prueba presentada tardíamente". Frente a esta propuesta, se señaló que esa cuestión ya se regulaba en el párrafo 3 del artículo 24, en cuyo texto se decía que "en cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten (...) pruebas". Se citó como ejemplo el Tribunal de Litigios entre Estados Unidos e Irán, que se regía por el Reglamento de la CNUDMI, y que había ejercido la facultad de rechazar las pruebas presentadas tardíamente basándose en esa disposición.

75. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que no era necesario agregar al Reglamento una disposición sobre la presentación tardía de pruebas. El Grupo de Trabajo reiteró que consideraba que la facultad del tribunal arbitral para rechazar pruebas presentadas tardíamente estaba regulada en el párrafo 3 del artículo 24.

Párrafo 1 bis del artículo 25 de la nueva propuesta

"Testigos periciales"

76. El Grupo de Trabajo convino en examinar más detenidamente la cuestión de los testigos periciales y la eventual necesidad de aclarar el concepto de "opinión pericial", que figuraba en la segunda frase del párrafo 1 *bis*. A este respecto, se objetó que los términos "opinión pericial" tenían un significado más amplio y que darían a la disposición un alcance mayor del que pretendía dársele. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que formulara un enunciado adecuado en el que se hiciera una clara distinción entre los testigos periciales presentados por una parte y los designados por el tribunal arbitral.

"Testigo que sea parte en el arbitraje"

77. Se expresaron reservas sobre la disposición que permitía que una parte declarara como testigo en su propio caso, pues con ello se abría la posibilidad de que esa parte pidiera prestar declaración, en lugar de presentar pruebas. También se dijo que de ese modo se entraría en colisión con las normas de procedimiento vigentes en algunas jurisdicciones según las cuales la información facilitada por este tipo de testigos se debía considerar facilitada por una parte, y no un testimonio de un testigo. A fin de paliar el problema, se propuso insertar, al principio de la segunda frase del artículo 1 *bis*, las siguientes palabras: "A reserva de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 24,". Se sugirió asimismo que, en la segunda frase del párrafo 1 *bis*, después de las palabras "opinión pericial", se sustituyera "será" por "podrá ser". Estas sugerencias recibieron un apoyo limitado. Se argumentó que, en virtud del párrafo 4 del artículo 24, el tribunal arbitral estaba plenamente facultado para determinar el calibre de las pruebas presentadas. Se estimó también que en el arbitraje comercial internacional las declaraciones de las partes como testigos constituían una práctica habitual. No obstante, se observó que la disposición estaba redactada con criterios muy amplios de modo que, por ejemplo, era posible que el abogado de una parte declarara como testigo. Se recordaron al Grupo de Trabajo las deliberaciones que a este respecto había mantenido en su 46º período de sesiones (véase A/CN.9/641, párrs. 29 a 37), así como su decisión de facultar al tribunal arbitral para escuchar a una parte como testigo (A/CN.9/641, párr. 38). Tras deliberar, se acordó sustituir "testifique" por "preste testimonio" con objeto de puntualizar que el Reglamento no pretende limitar la facultad del tribunal arbitral de resolver sobre la admisión de testigos.

"Testigo vinculado a una parte"

78. Se explicó que las palabras "o esté de algún modo vinculada a él", que figuraban en la segunda frase del párrafo 1 *bis*, se habían insertado en esta disposición para expresar una idea general, de modo que no fuera necesario enumerar las personas capacitadas para declarar como testigos. Se especificó además que estas palabras tenían también la finalidad de soslayar las dificultades que entrañaban las distintas categorías de posibles testigos que preveían los diferentes ordenamientos jurídicos. Se recordó que el Grupo de Trabajo, en su 47º período de sesiones, había convenido en formular la idea en términos más neutrales (véase A/CN.9/641, párr. 38).

79. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en adoptar sin cambios el párrafo 1 *bis*, a reserva de que se debatieran más a fondo las cuestiones planteadas en los párrafos 76 y 77 *supra*.

Párrafo 2 de la nueva propuesta

80. Con respecto al párrafo 2 se observó que el requisito enunciado en el párrafo 1 de notificar por adelantado a las partes la celebración de una audiencia incluía también la obligación de especificar la identidad de las personas que serían interrogadas durante la audiencia. Se comentó además que en el artículo 17 del Reglamento ya se regulaba la cuestión de los idiomas. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 2.

Párrafo 3

81. Se observó que las delegaciones habían considerado que el párrafo 3 del artículo 25 era demasiado detallado para figurar en un reglamento de arbitraje moderno. En consecuencia, el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 3.

Párrafo 4 de la nueva propuesta

82. Se observó que en el párrafo 4 no se mencionaba la facultad del tribunal de exigir que se retiren uno o más testigos durante la declaración de otros testigos, según disponía la segunda frase del párrafo 4 de la versión revisada del artículo 25 (véase el documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1). Dado que se consideró muy importante esta facultad del tribunal arbitral, se sugirió que se insertara la segunda frase de dicho párrafo del artículo 25 en el párrafo 4 de la nueva propuesta. Esta sugerencia se respaldó con el argumento de que, con la inserción de esas palabras, se daría al tribunal arbitral la orientación necesaria acerca de sus atribuciones en lo que respecta a las audiencias. Se dijo que exigir a un testigo que se retirara podría considerarse un menoscabo de los derechos de una parte y que, por tanto, sería conveniente que se mencionara expresamente el método a seguir, mientras que se podrían utilizar otros métodos, igualmente aceptables, que no suscitarían esa preocupación. En sentido contrario, se explicó que esa frase se había omitido a propósito por dos razones. En primer lugar, porque para el tribunal arbitral podía ser importante tener la posibilidad de pedir al representante de una parte que se retirara durante la declaración de otro representante de la misma parte, lo cual no sería posible conforme al párrafo 4 del artículo 25 revisado. En segundo lugar, la frase se había omitido debido a que este método de interrogatorio tal vez no fuera el más frecuente y porque si se enunciaba en el Reglamento existiría el riesgo de que se

entendiera que era el método preferido. Además, la inclusión de esa frase en el párrafo se consideró innecesaria, habida cuenta de que existía suficiente jurisprudencia que podía servir de orientación. También se indicó que los tribunales arbitrales disponían de un amplio margen de discrecionalidad al abordar este tipo de cuestiones y que existía una práctica del arbitraje internacional que orientaba el ejercicio de esa discrecionalidad. Las dos primeras explicaciones no fueron debatidas en sí mismas, pero no fueron sin embargo consideradas suficientes para justificar la supresión de la segunda frase del párrafo 4 del artículo 25. Se argumentó que el requisito de retirar a un testigo durante el testimonio de otros testigos, enunciado en la versión revisada del párrafo 4 del artículo 25, no era prescriptivo, pues se empleaba la forma verbal "podrá" y que, por lo tanto, no se daba a entender que fuera el método preferido para los interrogatorios. No se apoyó el argumento de la jurisprudencia que se había aducido en contra de la inserción de la frase en el párrafo, ya que la jurisprudencia derivaba de las disposiciones del párrafo 4 del artículo 25 de la versión de 1976 del Reglamento. Se opinó además que no había motivo alguno para imponer al tribunal arbitral la carga de investigar los casos de jurisprudencia pertinentes para saber a qué atenerse. Además, se sostuvo que la omisión en el Reglamento de toda referencia a ese método de interrogatorio causaría incertidumbre, pues se induciría a los usuarios a pensar que no debía aplicarse ese método. Se recordó al Grupo de Trabajo que, conforme a su mandato, solo debía modificar el Reglamento de 1976 en los casos en que fuera necesario.

83. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener el texto del párrafo 4 tal como figuraba en la versión de 1976 del Reglamento y en pedir a la Secretaría que agregara a su texto una frase a efectos de que no pudiera pedirse en general a una parte que prestara declaración como testigo que se retirara durante el testimonio de otro testigo, con lo cual se paliarían también las reservas expresadas durante el debate (véase el párrafo 82 *supra*).

Párrafo 5 de la nueva propuesta

84. El Grupo de Trabajo adoptó en lo esencial el párrafo 5 de la nueva propuesta y pidió a la Secretaría que formulara en términos apropiados la posibilidad de realizar los interrogatorios por videoconferencia.

Artículo 26: Medidas cautelares

Ubicación del artículo 26

85. El Grupo de Trabajo convino en que el artículo 26, relativo a las medidas cautelares, se insertara a continuación del artículo 23, o bien después del artículo 27 o del 29, a fin de reagrupar los artículos que tratan de las pruebas, las audiencias y los peritos designados por el tribunal.

Variante propuesta

86. El Grupo de Trabajo tomó nota de que la versión revisada del artículo 26 reflejaba lo dispuesto acerca de las medidas cautelares en el capítulo IV A de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje. El Grupo de Trabajo tenía ante sí una variante propuesta por una delegación que figura en el documento A/CN.9/WG.II/WP.152 ("la variante propuesta"). La variante propuesta del

artículo 26 simplificaba y abreviaba su texto, al omitirse en esa variante los párrafos 2, 3 y 4 de la versión revisada. Se explicó que la supresión sugerida del párrafo 2 partía de la consideración de que no hacía falta una definición de las medidas cautelares en el Reglamento, dado que esa definición figuraría normalmente en el derecho interno aplicable. Se explicó además que se sugería suprimir los párrafos 3 y 4, al estimarse que la variante propuesta indicaba cuáles eran las condiciones en las que un tribunal arbitral podría adoptar medidas cautelares al haberse insertado el texto "que se estime necesaria para la resolución equitativa y eficiente de la controversia" al final de la primera oración del párrafo 1.

87. La variante propuesta obtuvo cierto apoyo por estimarse que su texto reflejaba el lenguaje del Reglamento y simplificaba la regulación de las medidas cautelares, al hacerse remisión al derecho interno aplicable en lo concerniente a la definición de medida cautelar y de las condiciones que han de darse para poder otorgar dicha medida. Se observó que no procedía sobrecargar el texto del Reglamento con disposiciones como la de la versión revisada del artículo 26, que estaban concebidas para el legislador, al definir en detalle las facultades que debería conferir al tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares, con miras a que esas medidas fueran reconocidas y se les diera curso por vía judicial. Se dijo que esa tarea no formaba parte del cometido asignado al Reglamento y que la variante propuesta resumía adecuadamente las reglas básicas aplicables a las medidas cautelares. Se observó además que la definición de medida cautelar que se daba en la versión revisada del artículo 26 podía cercenar las facultades de un tribunal arbitral de otorgar medidas cautelares en los países donde se hubiera adoptado un enfoque más liberal de las medidas cautelares que el adoptado en la Ley Modelo sobre Arbitraje de la CNUDMI. A ese respecto, se observó que las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje estaban recién aprobadas, por lo que no se tenía experiencia acerca de las cuestiones que pudieran suscitarse en su aplicación.

88. Pese a prevalecer el parecer de que la versión revisada del artículo 26 podía resultar demasiado larga, particularmente a la luz de la longitud de otras disposiciones del Reglamento, se expresaron ciertas reservas concernientes a la variante propuesta. Se observó que los detalles que se precisaban en la versión revisada no tenían una finalidad puramente didáctica, ya que impartían una orientación necesaria para que los árbitros y las partes obraran con la debida certeza jurídica. Se insistió en que dicha función era particularmente importante para muchos ordenamientos jurídicos que no estaban familiarizados con el empleo procedente de las medidas cautelares en el contexto del arbitraje internacional. De conformidad con dicha propuesta, se dijo que se necesitaba una definición de medida cautelar. Se recordó que la definición dada en la versión revisada consistía en una lista genérica y exhaustiva de todos los supuestos en los que cabría otorgar una medida cautelar. Se expresaron otras reservas a la variante propuesta basadas en que en ella no se señalaban las condiciones que habrían de darse para poder otorgar una medida cautelar, lo que podría dar lugar a dificultades tanto interpretativas como prácticas.

89. Se expresó el parecer de que la variante propuesta se apartaba innecesariamente del régimen de las medidas cautelares enunciado en el capítulo IV A de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje y que sería preferible reproducir lo dispuesto en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje a fin de alentar el recurso a dichas medidas de conformidad con las normas enunciadas por

la CNUDMI. Para responder a la inquietud expresada respecto de la longitud del artículo 26 de la versión revisada se sugirió dividir su texto en dos artículos, en uno de los cuales se definiría el poder de un tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares mientras que en el otro se definiría la manera en que debía proceder el tribunal arbitral para otorgar dichas medidas.

90. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en proseguir su examen de las medidas cautelares sobre la base del texto de la versión revisada del artículo 26 (recogida en el documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1), prestando atención a la posibilidad de simplificar dicho texto a la luz de la variante propuesta.

Párrafo 1

91. El Grupo de Trabajo tomó nota de que en el párrafo 1 se facultaba al tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares y aprobó dicho párrafo sin cambio alguno.

Párrafo 2

"se entenderá, sin límite alguno"

92. Se propuso combinar el texto del párrafo 1 de la variante propuesta con el párrafo 2 de la versión revisada (recogida en el documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1) a fin de que la definición de medida cautelar dada en el Reglamento se entendiera en sentido lato. Se sugirió insertar el texto "que se estime necesaria para la resolución equitativa y eficiente de la controversia" en el encabezamiento del párrafo 2 de la versión revisada. Se sugirió también insertar en la lista enunciada en el párrafo 2 un apartado adicional que dijera: "e) toda otra medida cautelar que el tribunal arbitral estime necesaria para la resolución equitativa y eficiente de la controversia". Pese a que se formularon reservas acerca de la enmienda propuesta del párrafo 2, por razón de que la definición de medida cautelar había sido objeto de una larga discusión en el Grupo de Trabajo al revisarse la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, se estimó oportuno insertar en el Reglamento algún texto que contemplara la posibilidad de que se adopten medidas no incluidas en la lista.

93. A dicho fin, se sugirió sustituir, en la primera línea del párrafo 2) de la versión inglesa revisada, el término "se entenderá" ("is") por "incluirá". Se sugirió también insertar a continuación de "se entenderá" la expresión ", sin límite alguno," a fin de recalcar la índole no excluyente del párrafo 2.

94. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en insertar a continuación del término "se entenderá", que figura en la primera oración del párrafo 2, la expresión ", sin límite alguno,".

Párrafo 2 b)

95. Se expresó el temor de que los actos que se habían de impedir, o las medidas que una de las partes había de abstenerse de tomar, fueran entendidos como referidos únicamente al perjuicio que pudieran ocasionar al procedimiento arbitral. En respuesta a dicho temor se sugirió hacer un retoque editorial en el párrafo 2 b), insertando "i)" antes de "algún daño" y "ii)" antes de "el menoscabo" a fin de que "el menoscabo del procedimiento arbitral" entablado fuera considerado como una noción aparte de la del "daño actual inminente", al que esté expuesto el solicitante de la medida.

Párrafos 3 y 4

96. Se observó que las condiciones para poder otorgar medidas cautelares, enunciadas en el párrafo 3, eran aplicables por igual a distintas clases de medidas cautelares. Se expresó el parecer de que dicho enfoque podía resultar problemático en aquellos países que habían previsto criterios especiales para la concesión de medidas destinadas a preservar una masa suficiente de bienes para ejecutar un laudo eventual subsiguiente, conforme se disponía en el párrafo 2 c). Se sugirió, por ello, suprimir el párrafo 3. También se sugirió trasladar la remisión que se hacía al párrafo 2 c), en el encabezamiento del párrafo 3, al párrafo 4 de este mismo artículo.

97. Se expresó apoyo a la supresión de los párrafos 3 y 4, por estimar que podían entrar en conflicto con el derecho interno aplicable. Se expresó también oposición a la supresión de dichos párrafos. Se dijo que el párrafo 3 impartía orientación al tribunal arbitral acerca de las condiciones requeridas para poder otorgar una medida cautelar. Se dijo además que las reglas de los apartados a) y b) eran esenciales para resolver cuestiones que se daban en la práctica. La ponderación del daño prevista en el apartado a) del párrafo 3 era una disposición importante, y se indicó que establecía un criterio menos rígido que el de daño irreparable, por lo que era importante que se reflejara expresamente en el texto.

98. Para conciliar ambas posiciones se propuso modificar el texto del párrafo 3 a fin de darle un carácter facultativo y no imperativo, al igual que el de la regla del párrafo 4. También se propuso que se insertara en el texto del párrafo 3 la salvedad "salvo que el tribunal arbitral determine que procede aplicar otros criterios". Se dijo que esa salvedad daría margen para aplicar cualquier otra condición que el derecho interno exigiera para otorgar una medida cautelar. Dichas propuestas no obtuvieron apoyo. Se recordó también al Grupo de Trabajo que se había decidido en un período anterior de sesiones retener el párrafo 3 (A/CN.9/641, párr. 52).

99. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo aprobó los párrafos 3 y 4 sin cambio alguno.

Párrafo 5

Debate general

100. El Grupo de Trabajo recordó que, de conformidad con el texto revisado de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, aprobado por la Comisión en 2006, un tribunal arbitral estaría facultado para otorgar una orden preliminar, a instancia de una de las partes, sin previo aviso de la misma a la otra parte, en todo supuesto en el que estime que la revelación previa de la medida cautelar solicitada a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada. El Grupo de Trabajo consideró la procedencia de que se incluyera el párrafo 5, relativo a las órdenes preliminares, en el Reglamento. Se expresaron pareceres divergentes.

101. En contra de su inclusión, se dijo que el Reglamento era un instrumento de rango contractual al servicio de las partes en una controversia mientras que la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI era un instrumento de índole legislativa dirigido al legislador, y que la necesidad de ofrecer una reglamentación detallada se planteaba en el contexto de la revisión de la Ley Modelo de Arbitraje de

la CNUDMI, pero no en el de la revisión del Reglamento. Se señaló que los rasgos característicos de las órdenes preliminares eran contrarios a la índole consensual del arbitraje, por lo que el derecho interno de muchos países no las admitía. Se observó que algunos de los Estados que habían promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, enmendada en 2006, habían optado por no incluir la sección A del capítulo IV de la Ley Modelo donde se regulaban las órdenes preliminares. A dicho respecto, se advirtió al Grupo de Trabajo de la conveniencia de respetar el enfoque general del Reglamento para no restar a dicho instrumento su aplicabilidad universal, que era uno de los factores principales de su éxito. Se dijo también que la emisión de una orden preliminar podría suscitar objeciones fundadas en la violación eventual de la legalidad del procedimiento.

102. Se argumentó que la mejor forma de conciliar los distintos enfoques de la cuestión en los diferentes ordenamientos era no incluir en el Reglamento una disposición referente a las órdenes preliminares. Se expresó el parecer de que las órdenes preliminares eran en algunas jurisdicciones de la competencia de los tribunales estatales, y de que el procedimiento para emitirlas estaba sometido a unas garantías procesales tal vez ausentes, en mayor o menor medida, en un procedimiento arbitral. Las órdenes judiciales eran invocables tanto por las partes en un procedimiento de arbitraje como por terceros. Por ejemplo, el juez al que corresponda pronunciarse acerca de la admisibilidad de una orden preliminar no siempre será el que tenga que pronunciarse sobre el fondo del litigio, mientras que en un arbitraje es el mismo árbitro quien se pronuncia en uno y otro caso, lo que podría influir en el resultado del procedimiento. Se contestó a dicho parecer que, en algunos ordenamientos, un mismo juez se pronuncia acerca de la orden preliminar y el fondo del litigio, y que dicha práctica no había suscitado inquietud alguna. Se dijo también que resultaría incoherente facultar a las partes para acogerse al arbitraje, y obligarlas al mismo tiempo a recurrir a la vía judicial para obtener una orden preliminar.

103. Se dijo además, en apoyo del párrafo 5, que su texto se limitaba a reflejar la práctica existente. Se observó a dicho respecto que la eliminación del párrafo 5 del artículo 26 no impedía necesariamente que el tribunal arbitral dictara una orden preliminar. Se estimó conveniente impartir cierta orientación a los árbitros en lo concerniente a la emisión eventual de una orden preliminar. Se dijo también que era necesario que el Reglamento previera la emisión de órdenes preliminares, en aras de la coherencia de su texto con el de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI. Se dijo, en respuesta al argumento de que el párrafo 5 podría dar lugar a conflictos con el derecho interno aplicable al arbitraje, que, en cualquier caso, el derecho interno aplicable al arbitraje prevalecería en todo supuesto en que no facultara al tribunal arbitral para otorgar medidas cautelares. Se dijo además que la supresión del párrafo 5 podría dar lugar a que se entendiera que el Reglamento no admitía, en general, la emisión de órdenes preliminares.

104. Se expresó la inquietud de que la inclusión del párrafo 5 podría restar aceptabilidad al Reglamento, particularmente en lo concerniente a la solución de controversias entre una entidad pública e inversionistas privados en el marco de un tratado. Se observó, en respuesta, que las controversias entre entidades públicas e inversionistas privados en el marco de un tratado serían objeto de examen prioritario tan pronto como se hubiera completado la revisión del Reglamento, por lo que en el curso de dicho examen cabría examinar más en detalle la cuestión de la

admisibilidad de una orden preliminar en el marco de la solución de dichas controversias. Se recordó al Grupo de Trabajo que la Comisión le había conferido, en su 41º período de sesiones, un mandato concerniente a las controversias entre entidades públicas e inversionistas privados en el marco de un tratado, que se limitaba a la sola cuestión de su transparencia (véase el párrafo 8 *supra*).

105. Se sugirió que, a falta de un acuerdo acerca de la versión revisada del artículo 26, se retuviera la versión de dicho artículo que figuraba en la versión de 1976 del Reglamento. A ello se respondió que la necesidad de actualizar la disposición concerniente a las medidas cautelares era uno de los motivos principales para revisar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Por consiguiente, la propuesta de retener la versión de 1976 de este artículo no obtuvo apoyo.

106. Algunos de los oponentes a la inclusión de reglas relativas a las órdenes preliminares en el Reglamento se mostraron dispuestos a aceptar la inclusión del párrafo 5 de este artículo, con tal de que se indicara en su texto que el tribunal arbitral no estaría facultado para otorgar órdenes preliminares en aquellos ordenamientos jurídicos que no le hubieran facultado para hacerlo, o con tal de que se indicara en el comentario del Reglamento que la facultad del tribunal arbitral para otorgar órdenes preliminares dependía de la normativa legal aplicable. A dicho respecto, se expresó el parecer de que la explicación que se daba de dicha disposición en el párrafo 15 del documento A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1 (que figura asimismo en A/CN.9/641, párr. 59) expresaría correctamente el entendimiento a que había llegado el Grupo de Trabajo siempre que dijera "que, de permitirlo la ley aplicable, habida cuenta de la amplia discrecionalidad otorgada al tribunal arbitral para dirigir las actuaciones con arreglo al párrafo 1 del artículo 15, el Reglamento no impediría de por sí que el tribunal arbitral emitiera órdenes preliminares".

Versión revisada – variante propuesta

107. Los partidarios de que el Reglamento previera la adopción de medidas cautelares a instancia de una sola parte expresaron sus reservas respecto de la versión revisada del párrafo 5 y el párrafo 2 y del texto presentado en el documento A/CN.9/WG.II/WP.152 ("la variante propuesta") que, en su opinión, no reflejaban como es debido el texto de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI.

108. Pese a que se estimó que la variante propuesta reconocía en términos sencillos y claros la facultad de un tribunal arbitral para otorgar órdenes preliminares, esa propuesta obtuvo muy escaso apoyo. Se expresó cierta preferencia, en el Grupo de Trabajo, por el texto relativo a las órdenes preliminares que figuraba en la versión revisada del párrafo 5. Ahora bien, se señaló que el lenguaje de la versión revisada resultaba ambiguo, y que su texto estaba formulado en sentido negativo, lo que no reflejaba el enfoque adoptado en la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI.

109. A fin de conciliar los pareceres divergentes expresados en el Grupo de Trabajo acerca de las órdenes preliminares, se propuso sustituir el párrafo 5 de la versión revisada por un texto que dijera: "Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento dará lugar a la creación (donde no exista) o a la limitación (donde exista) del derecho eventual de toda parte para solicitar del tribunal arbitral, o de la facultad del tribunal arbitral para otorgar, una medida cautelar sin dar previo aviso de la misma a la otra parte".

110. Se expresó el parecer de que cabría insertar el nuevo texto en el comentario explicativo que se adjuntaría al Reglamento. Se expresó, no obstante, el parecer contrario de que no era práctica aconsejable fiarse de la documentación explicativa para expresar un principio normativo esencial que debería figurar en un instrumento autónomo como debía ser el texto del Reglamento.

111. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo expresó el parecer de que el lenguaje propuesto en el anterior párrafo 109 constituía una solución aceptable, ya que daba un enfoque neutro a la cuestión de las órdenes preliminares. Se hicieron diversas observaciones de forma al texto propuesto. Se observó que no todos los usuarios del Reglamento de la CNUDMI estarían familiarizados con el término "orden preliminar", por lo que sería preferible aclarar su significado en una frase descriptiva que se insertaría a continuación del término "otorgar" y que dijera: ", en uno y otro caso, una orden preliminar por la que se exigiera a una de las partes que no frustrara el objeto de la medida cautelar solicitada". Dicha sugerencia obtuvo apoyo. Se sugirió además que, a fin de evitar los paréntesis que figuraban en el texto propuesto en el anterior párrafo 109, se suprimieran los textos entre paréntesis insertándose las palabras "que esté reconocido al margen del presente Reglamento" a continuación de las palabras "cualquier derecho". Dicha sugerencia obtuvo apoyo.

112. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en reformular el párrafo 5 como sigue: "Nada de lo dispuesto en el presente Reglamento dará lugar a la creación de un derecho, o a la limitación de todo derecho eventualmente reconocido al margen del presente Reglamento, que sea invocable por una de las partes para solicitar del tribunal arbitral la emisión de una orden preliminar, ni afectará a la facultad del tribunal arbitral para dictarla, en uno y otro caso sin previo aviso a la otra parte, exigiendo a esa parte que no frustre la finalidad de la medida cautelar solicitada". El Grupo de Trabajo convino en que se enmendara toda remisión que se hiciera al párrafo 5 en el resto del texto del artículo 26, es decir, en sus párrafos 3 y 6 a 10, a fin de armonizar su texto con el nuevo texto aprobado en materia de órdenes preliminares.

Párrafo 6

113. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 6, a reserva de que se adaptara su texto conforme a lo indicado en el anterior párrafo 112.

Párrafo 7

114. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 7, a reserva de que se adaptara su texto conforme a lo indicado en el anterior párrafo 112.

Párrafo 8

115. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 8, a reserva de que se adaptara su texto conforme a lo indicado en el anterior párrafo 112.

Párrafo 9

116. Se observó que el párrafo 9 de la versión revisada podía dar lugar a que la parte que solicitara una medida cautelar tuviera que pagar costas y daños y perjuicios en supuestos en los que, por ejemplo, se cumplieran los requisitos del artículo 26 pero la demanda de dicha parte no prosperara en cuanto al fondo del

litigio. En respuesta a dicha inquietud, se sugirió que se añadiera un texto que dispusiera que al adoptar el tribunal arbitral su determinación con arreglo al párrafo 9 debería obrar "a la luz del resultado del litigio". Esa propuesta no obtuvo apoyo.

117. Se observó además que la variante propuesta para el párrafo 5 en el documento A/CN.9/WG.II/WP.152 preveía una solución preferible, pues no se ocupaba de la responsabilidad por concepto de costas y de daños y perjuicios, ya que dejaba dichas cuestiones al arbitrio de la ley aplicable. El texto de la variante propuesta decía: "El tribunal arbitral podrá pronunciarse en cualquier momento sobre toda demanda de indemnización por el daño indebidamente causado por la orden preliminar o la medida cautelar". La sugerencia de que se suprimiera la palabra "indebidamente" obtuvo apoyo por razón de que se estimó que se prestaba a lecturas muy diversas y, por ello, a incertidumbre jurídica. Se propuso que se explicara en la documentación explicativa el sentido de la fórmula "en cualquier momento", como estando referida a todo momento en el curso de las actuaciones, y no al período inmediato a la adopción de la medida.

118. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una nota que facilitara la prosecución del debate sobre la forma en que se abordan, en las distintas jurisdicciones arbitrales, las cuestiones que plantea la responsabilidad en concepto de daños resultantes de la aplicación de medidas provisionales.

Párrafo 10

119. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 10, a reserva de que se adaptara su texto conforme a lo indicado en el anterior párrafo 112.

V. Organización de la labor futura

120. Al concluir sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo observó que había resuelto con éxito un cierto número de cuestiones difíciles. También observó que no podría completar su examen del Reglamento en su actual período de sesiones de forma que el proyecto de texto tuviera el grado de madurez y calidad necesario para que pudiera presentarse en el siguiente período de sesiones de la Comisión en 2009. El Grupo de Trabajo había tenido presente durante el período de sesiones el aliento recibido de la Comisión en su 41º período de sesiones[12] y la encomienda de la Asamblea General (A/RES/63/120) de que el texto revisado del Reglamento se finalizara en 2009, pero en general consideró que debía completar la lectura del texto antes de someterlo a la Comisión. Como la nueva versión del Reglamento debía mantenerse vigente durante muchos años, el Grupo de Trabajo consideró que debía dedicarse todo el tiempo necesario para satisfacer los elevados niveles de exigencia de la CNUDMI. El Grupo de Trabajo acordó pedir a la Comisión tiempo suficiente para completar su labor.

121. Se aclaró que, atendiendo al mandato recibido de la Comisión en su 41º período de sesiones, el Grupo de Trabajo tenía que considerar la cuestión de la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas privados y entidades públicas en

[12] *Ibid.*, párr. 315.

el marco de un tratado como cuestión prioritaria después de la finalización de su labor de revisión del Reglamento. El Grupo de Trabajo consideró además si sería aconsejable adoptar un enfoque más amplio de la cuestión del arbitraje entre inversionistas privados y entidades públicas en el marco de un tratado. Se anticipó que cuando se debatiera la transparencia podrían plantearse nuevas cuestiones. Sin embargo, se consideró importante también no proponer la apertura de un debate general sobre el arbitraje entre inversionistas privados y entidades públicas en el marco de un tratado, con objeto de proteger la aplicabilidad general del Reglamento genérico.

E. Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, presentada al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje en su 50º período de sesiones

(A/CN.9/WG.II/WP.154) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Observaciones generales	4-6
III.	Proyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	7-44
	Sección I. Disposiciones preliminares	7-21
	Sección II. Composición del tribunal arbitral (artículo 7 a artículo 16)	22-36
	Sección III. Procedimiento arbitral (artículo 17 a artículo 19)	37-44
Anexo		
	Tabla de concordancias	

I. Introducción

1. En su 39º período de sesiones (Nueva York, 19 de junio a 7 de julio de 2006), la Comisión acordó que, en lo concerniente a la labor futura del Grupo de Trabajo, se diera prioridad a una revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) ("el Reglamento de la CNUDMI" o "el Reglamento")[1]. En su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007), la Comisión observó que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no había sido enmendado desde su aprobación en 1976, por lo que, al revisarlo, debería tratarse de actualizarlo, a fin de dotar de mayor eficiencia al procedimiento arbitral. La Comisión convino en general en que el mandato conferido al Grupo de Trabajo de mantener la estructura y el espíritu originarios del Reglamento de la CNUDMI había orientado provechosamente la labor del Grupo de Trabajo hasta la fecha, por lo que debería seguir siendo el principio rector de su labor[2]. En su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008), la Comisión expresó la esperanza de

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 182 a 187.

[2] *Ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17), primera parte, párr. 175.

que el Grupo de Trabajo completara su labor de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI a fin de que el análisis final y la aprobación del Reglamento revisado pudiera efectuarse en el 42º período de sesiones de la Comisión, en 2009[3].

2. En su 45º período de sesiones (Viena, 11 a 15 de septiembre de 2006), el Grupo de Trabajo se ocupó de determinar los aspectos en que pudiera resultar útil revisar el Reglamento de la CNUDMI. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo dio indicaciones preliminares respecto de las diversas opciones que convendría considerar acerca de las propuestas de revisión sugeridas en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.143 y Add.1, para que la Secretaría pudiese preparar un proyecto de versión revisada del Reglamento teniendo en cuenta esas indicaciones. El informe de ese período de sesiones figura en el documento A/CN.9/614. En sus períodos de sesiones 46º (Nueva York, 5 a 9 de febrero de 2007), 47º (Viena, 10 a 14 de septiembre de 2007) y 48º (Nueva York, 4 a 8 de febrero de 2008), el Grupo de Trabajo examinó un proyecto de revisión del Reglamento, que figuraba en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.145 y Add.1. Los informes sobre esos períodos de sesiones figuran en los documentos A/CN.9/619, A/CN.9/641 y A/CN.9/646, respectivamente. En su 49º período de sesiones (Viena, 15 a 19 de septiembre de 2008), el Grupo de Trabajo inició su segunda lectura de los proyectos de artículo 1 a 17 de la versión revisada del Reglamento presentada en el documento A/CN.9/WG.II/WP.151. El informe de dicho período de sesiones figura en el documento A/CN.9/665.

3. La presente nota contiene el texto anotado de una versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI preparada a la luz de las deliberaciones del Grupo de Trabajo en su 49º período de sesiones. Salvo indicación en contrario, toda referencia que se haga en la presente nota a las deliberaciones del Grupo de Trabajo, está referida a las deliberaciones de su 49º período de sesiones.

II. Observaciones generales

a) Numeración de los artículos

4. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la procedencia de remunerar los artículos de la versión revisada del Reglamento conforme se sugiere en la presente nota. Las remisiones internas que se hacen en el texto actual del articulado han sido igualmente renumeradas. Si el Grupo de Trabajo decide que procede renumerar los artículos, tal vez desee también que se incluya en el Reglamento revisado una tabla, conforme a la propuesta en el anexo a la presente nota, con la concordancia numérica entre los artículos de la versión revisada y los artículos del Reglamento de 1976.

b) Lugar de inserción de la cláusula compromisoria modelo y de las declaraciones de imparcialidad, así como de toda disposición adicional

5. El Grupo de Trabajo tal vez desee decidir dónde deben figurar la cláusula compromisoria modelo y las declaraciones de independencia (A/CN.9/665, párr. 22), así como toda disposición adicional, que se adopte, en materia de principios

[3] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párrs. 308 a 316.

generales y de la responsabilidad de los árbitros (conforme figuran en A/CN.9/WG.II/WP.151/Add.1).

c) Regla supletoria sobre el cometido del Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje como autoridad nominadora

6. Se recuerda que, en el 46º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se propuso que si las partes no se ponían de acuerdo acerca de la autoridad nominadora, actuara como tal el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje ("CPA"), en lugar de ocuparse de designar una autoridad nominadora (A/CN.9/619, párr. 71). En respuesta a ciertas inquietudes expresadas al respecto, se enmendó dicha propuesta a fin de que las partes siguieran estando facultadas para pedir al Secretario General de la CPA que designara otra autoridad nominadora, facultando además al Secretario de la CPA para designar otra autoridad nominadora, siempre que lo estimara oportuno (A/CN.9/619, párr. 72). Esas propuestas se reiteraron en el 49º período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/665, párrs. 46 a 50). El Grupo de Trabajo convino en que se volvieran a examinar dichas propuestas una vez completada la segunda lectura de la versión revisada del Reglamento, a la luz de una propuesta que se presentaría por escrito a la Secretaría con antelación suficiente para ser traducida para el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/665, párr. 50).

III. Proyecto de revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

Sección I. Disposiciones preliminares

Ámbito de aplicación

Artículo 1

1. Cuando las partes hayan acordado que los litigios entre ellas, que dimanen de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar.

2. A menos que las partes hayan acordado someterse a determinada versión del Reglamento, se presumirá que las partes en un acuerdo de arbitraje concertado después de [fecha de aprobación por la CNUDMI de la versión revisada del Reglamento] se han sometido al Reglamento que esté en vigor en la fecha de apertura del procedimiento de arbitraje. Esa presunción no se aplicará cuando el acuerdo de arbitraje se haya concertado aceptando después de [fecha de aprobación por la CNUDMI de la versión revisada del Reglamento] una oferta que se hizo antes de esa fecha.

3. El presente Reglamento regirá el arbitraje, salvo que cuando una de sus reglas esté en conflicto con una disposición de la ley aplicable al arbitraje a la que las partes no puedan sustraerse, prevalecerá esa disposición.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 1

7. El Grupo de Trabajo aprobó, sin cambio alguno, el contenido del párrafo 1 (A/CN.9/665, párr. 18).

8. El Grupo de Trabajo convino en sustituir, en la primera línea del párrafo 2, la palabra "otra" por "determinada". Con dicho cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 2 (numerado 1 *bis* en versiones anteriores del Reglamento Revisado) (A/CN.9/665, párr. 19).

9. El Grupo de Trabajo aprobó, sin cambio alguno, el contenido del párrafo 3 (numerado 2 en la versión de 1976 del Reglamento) (A/CN.9/665, párr. 20).

CLÁUSULA COMPROMISORIA MODELO PARA LOS CONTRATOS

Todo litigio, controversia o reclamación que resulte del presente contrato o se refiera a su texto, o que resulte de su incumplimiento, su resolución o su nulidad, se resolverá por arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Nota – Las partes deberán tal vez indicar además lo siguiente:

a) La autoridad nominadora será ... (nombre de la institución o persona);

b) El número de árbitros será de ... (uno o tres);

c) El lugar del arbitraje será ... (ciudad y país);

d) El idioma que se utilizará en las actuaciones será ... .

Observaciones sobre el proyecto de cláusula compromisoria modelo para los contratos

10. El Grupo de Trabajo convino en sustituir en el encabezamiento de la nota el texto "Las partes tal vez deseen considerar agregar lo siguiente" por "Las partes deberán tal vez indicar además lo siguiente", a fin de señalar a las partes la importancia de estipular en su contrato los datos indicados. Con dicha modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de cláusula compromisoria modelo (A/CN.9/665, párr. 21).

Notificación y cómputo de los plazos

Artículo 2

1. Toda notificación, así como aviso, comunicación o propuesta, deberá entregarse por cualquier medio que deje constancia de su transmisión.

2. Para los fines del presente Reglamento, se considerará que toda notificación, así como aviso, comunicación o propuesta, llegó a su destino si se entrega personalmente al destinatario, o si se entrega en su residencia habitual, establecimiento comercial o dirección indicada, o, si no fuera posible averiguar ninguno de estos lugares tras una indagación razonable, en su último lugar de residencia o en su último establecimiento comercial conocido. La notificación se considerará recibida el día en que haya sido así entregada.

3. Para los fines del cómputo de un plazo establecido en el presente Reglamento, tal plazo comenzará a correr desde el día siguiente a aquel en que se reciba una notificación, aviso, comunicación o propuesta. Si el último día de ese plazo es día feriado o no laborable en el lugar de residencia o del establecimiento comercial del destinatario, el plazo se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Los demás días feriados o no laborables que pueda haber durante el transcurso del plazo serán computables a efectos del plazo.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 2

11. El párrafo 1 (numerado 1 *bis* en los anteriores proyectos del texto revisado del Reglamento) refleja la decisión del Grupo de Trabajo de autorizar expresamente la entrega de una notificación por cualquier medio que deje constancia de su transmisión (A/CN.9/665, párr. 29). Se ha colocado en primer lugar para reflejar la decisión de que se describa primero lo que constituye un medio aceptable de comunicación antes de establecer la presunción de que se dará por recibida toda notificación entregada por dicho medio de comunicación (A/CN.9/665, párrs. 28 y 29).

12. En su 48º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en sustituir la palabra "postal" que seguía a la palabra "dirección", en la primera oración del párrafo 2 (numerado 1 en la versión de 1976 del Reglamento), por la palabra "indicada" (A/CN.9/646, párr. 82), lo que constituye el único cambio que se hizo en la versión original de ese párrafo. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si debe insertarse algún texto en el párrafo 2 que oriente mejor a las partes, y que limite, en particular, el riesgo de que se cursen comunicaciones en el curso de un arbitraje a través de direcciones electrónicas que no estén destinadas para dicho fin. El texto adicional insertado podría también autorizar la entrega de una notificación en toda dirección convenida por las partes o, a falta de dicho acuerdo, que sea conforme a la práctica seguida por las partes en tratos anteriores.

13. El párrafo 3 (numerado 2 en la versión de 1976 del Reglamento) reproduce sin cambio alguno el texto de la versión de 1976 del Reglamento, y su contenido fue aprobado por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/665, párr. 31).

Notificación del arbitraje

Artículo 3

1. La parte o las partes que inicialmente recurran al arbitraje (en adelante designadas por el término "demandante") deberán notificarlo a la otra o las otras partes (en adelante designadas por el término "demandado").

2. Se considerará que el procedimiento arbitral se inicia en la fecha en que la notificación del arbitraje es recibida por el demandado.

3. La notificación del arbitraje contendrá la información siguiente:

a) Una petición de que el litigio se someta a arbitraje;

b) El nombre de las partes y los datos para ponerse en contacto con ellas;

c) Una especificación del acuerdo de arbitraje que se invoca;

d) Una especificación de todo contrato u otro instrumento jurídico que haya suscitado o al que se refiera el litigio o, a falta de ese contrato o de otro instrumento jurídico, una breve descripción de la relación controvertida;

e) Una breve descripción de la controversia y, si procede, una indicación de la suma reclamada;

f) El objeto de la demanda;

g) Una propuesta acerca del número de árbitros, o acerca del idioma y el lugar del arbitraje, cuando las partes no hayan convenido antes en ello.

4. La notificación del arbitraje podrá contener asimismo:

a) Una propuesta relativa al nombramiento de la autoridad nominadora conforme a lo previsto en el párrafo 1 del artículo 6;

b) Una propuesta relativa al nombramiento de un único árbitro conforme a lo previsto en el párrafo 1 del artículo 8;

c) La notificación del nombramiento de un árbitro conforme a lo previsto en el artículo 9 o en el artículo 10.

5. La constitución del tribunal arbitral no se verá obstaculizada por controversia alguna relativa a la suficiencia de los datos consignados en la notificación del arbitraje, que deberá ser dirimida por el tribunal arbitral con carácter definitivo. De suscitarse tal controversia, el tribunal arbitral deberá proceder como considere apropiado.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 3

14. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los párrafos 1, 2 y 3, sin cambio alguno (A/CN.9/665, párrs. 34 y 35).

15. El Grupo de Trabajo convino en que se aplazara la decisión del demandante acerca de si su notificación del arbitraje constituiría además su escrito de demanda hasta la etapa del procedimiento contemplada en el artículo 18. Se convino por ello en suprimir el último apartado del párrafo 4, que decía: "El escrito de demanda mencionado en el artículo 18" (A/CN.9/665, párr. 36). El Grupo de Trabajo aprobó, con ese cambio, el contenido del párrafo 4 (A/CN.9/665, párr. 37).

16. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si, a resultas de la propuesta de que se regule en un artículo aparte lo relativo a la respuesta a la notificación del arbitraje (A/CN.9/665, párr. 32), procede que el texto del párrafo 7 del artículo 3, relativo a las consecuencias de una notificación incompleta del arbitraje o de una respuesta incompleta a la notificación, así como a la ausencia de toda respuesta, sea escindido en dos párrafos. El párrafo 5 del artículo 3 relativo a las consecuencias de una notificación incompleta del arbitraje, y el párrafo 3 del artículo 4 relativo a las consecuencias de una respuesta incompleta o tardía a dicha notificación o de la ausencia de toda respuesta (véase el párrafo 19 *infra*).

Respuesta a la notificación del arbitraje

Artículo 4

1. Dentro de los 30 días siguientes a la fecha de recepción de la notificación del arbitraje, el demandado deberá dar al demandante su respuesta a la notificación del arbitraje, en la que figurará la siguiente información:

a) El nombre de cada demandado y los datos para ponerse en contacto con él;

b) Su respuesta a la información que se haya consignado en la notificación del arbitraje, conforme a lo indicado en los apartados c), d), e), f) y g) del párrafo 3 del artículo 3.

2. La respuesta a la notificación del arbitraje podrá contener asimismo:

a) Toda excepción de incompetencia oponible al tribunal arbitral constituido con arreglo al presente Reglamento;

b) Una propuesta relativa al nombramiento de una autoridad nominadora conforme a lo previsto en el párrafo 1 del artículo 6;

c) Una propuesta relativa al nombramiento de un único árbitro conforme a lo previsto en el párrafo 1 del artículo 8;

d) La notificación del nombramiento de un árbitro conforme a lo previsto en el artículo 9 o en el artículo 10;

e) Una breve descripción de toda reconvención a la demanda que se vaya a presentar o de todo derecho que se vaya a valer a efectos de compensación, indicándose también, cuando proceda, las sumas reclamadas, y el objeto de la demanda.

3. La constitución del tribunal arbitral no se verá obstaculizada por el hecho de que el demandado no responda a la notificación del arbitraje, o por la respuesta incompleta o tardía que el demandado dé a dicha notificación. En cualquiera de esos casos, el tribunal arbitral procederá tal como considere apropiado.

El proyecto de artículo 4

17. En versiones anteriores del proyecto de texto revisado del Reglamento, se incluyeron en el artículo 3 las disposiciones relativas a la respuesta dada a la notificación del arbitraje. El Grupo de Trabajo estimó que tal vez procediera insertar dichas disposiciones en un artículo aparte (A/CN.9/665, párr. 32).

18. Los párrafos 1 y 2 (numerados 5 y 6 en el artículo 3 de la versión anterior del texto revisado) reflejan las observaciones que se hicieron en el Grupo de Trabajo en el sentido de que:

- se colocara en un párrafo 2, relativo a los datos opcionales, la excepción de incompetencia que se invoque frente al tribunal arbitral (A/CN.9/665, párr. 39);

- se hiciera en el párrafo 1 b) una remisión al párrafo 3 g) del artículo 3, a fin de que no haya lugar a duda de que el demandado deberá dar una respuesta al demandante acerca del número de árbitros (A/CN.9/665, párr. 67).

19. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si, a resultas de la propuesta de insertar las reglas relativas a la respuesta que se habrá de dar a la notificación del arbitraje en un artículo aparte (A/CN.9/665, párr. 32), procedería escindir el texto del párrafo 7 del artículo 3 anterior, relativos a las consecuencias de una notificación incompleta del arbitraje o de una respuesta incompleta a dicha notificación, o a las consecuencias de la ausencia de toda respuesta, en dos párrafos: el párrafo 5 del artículo 3 que regularía las consecuencias de una notificación incompleta del arbitraje, mientras que el párrafo 3 del artículo 4 regularía las consecuencias de la ausencia de toda respuesta o de una respuesta incompleta (véase el párrafo 16 *supra*).

Representación y asesoramiento

Artículo 5

Cada parte podrá hacerse representar o asesorar por las personas que ella misma elija. Deberán comunicarse, a las demás partes y a los miembros del tribunal arbitral, los nombres y las direcciones de esas personas, debiéndose precisar en la comunicación si la designación de esas personas se hace a efectos de representación o de asesoramiento. Cuando una persona vaya a actuar como representante de una parte, el tribunal arbitral podrá exigir, en cualquier momento, por iniciativa propia o a instancia de parte, que se presente prueba del poder conferido al representante, en la forma que el tribunal arbitral estime oportuna.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 5 [numerado artículo 4 en la versión de 1976 del Reglamento]

20. El artículo 5 contiene los cambios que se acordaron en el Grupo de Trabajo (A/CN.9/665, párrs. 43 a 45).

Autoridades designadoras y nominadoras

Artículo 6

1. A menos que se haya elegido ya la autoridad nominadora, una parte podrá proponer, en cualquier momento, el nombre o los nombres de una o más instituciones o personas, incluido el del Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje ("Secretario General de la CPA"), para que una de ellas actúe como autoridad nominadora.

2. Si, transcurridos 30 días desde la recepción por todas las partes de una propuesta efectuada conforme a lo previsto en el párrafo 1, las partes no han convenido en designar una autoridad nominadora, cualquiera de ellas podrá solicitar al Secretario General de la CPA que designe la autoridad nominadora.

3. Si la autoridad nominadora se niega a actuar o si no nombra un árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción de una solicitud al respecto de una de las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al Secretario General de la CPA que designe una autoridad nominadora. Si la autoridad nominadora se

niega a adoptar o no adoptar una decisión respecto de los honorarios de los miembros del tribunal arbitral dentro de los 30 días siguientes a la recepción de una solicitud al respecto de una de las partes, conforme a lo previsto en el párrafo 4 del artículo 39, cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General de la CPA que adopte esa decisión.

4. En el ejercicio de las funciones que le incumben con arreglo al presente Reglamento, la autoridad nominadora podrá pedir a cualquiera de las partes la información que considere necesaria y dará a las partes la oportunidad de ser oídas conforme proceda. Toda comunicación entre una parte y la autoridad nominadora o el Secretario General de la CPA será también comunicada por el expedidor a las demás partes.

5. Cuando se solicite a la autoridad nominadora que nombre un árbitro conforme a lo previsto en los artículos 8, 9, 10 o 15, la parte que formule la solicitud deberá enviar a la autoridad nominadora copia de la notificación del arbitraje y, en caso de existir, de la respuesta dada a la notificación del arbitraje.

6. La autoridad nominadora actuará conforme a criterios que sean conducentes al nombramiento de un árbitro independiente e imparcial y tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 6 [numerado artículo 4 bis en la versión anterior del texto revisado del Reglamento]

21. En los párrafos 1 y 4 se han introducido los cambios que se convinieron en el Grupo de Trabajo (A/CN.9/665, párrs. 51 y 54, respectivamente). El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del artículo 6 a reserva de esos cambios (A/CN.9/665, párrs. 51 a 56).

Sección II. Composición del tribunal arbitral

Número de árbitros

Artículo 7

1. Si las partes no han convenido previamente en el número de árbitros y si, dentro del plazo de los 30 días siguientes a la fecha de recepción por el demandado de la notificación del arbitraje, las partes no convienen en que habrá un único árbitro, se nombrarán tres árbitros.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, si ninguna de las partes responde a una propuesta de que se nombre un árbitro único dentro del plazo previsto en el párrafo 1 y si la parte o las partes interesadas no han nombrado un segundo árbitro conforme a lo previsto en el artículo 9 o en el artículo 10, la autoridad nominadora, obrando a instancia de parte, podrá nombrar un único arbitro conforme al procedimiento previsto del artículo 8, siempre que determine que, a la luz de las circunstancias del caso, dicha solución sea la más apropiada.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 7 [numerado artículo 5 en la versión de 1976 del Reglamento]

22. El párrafo 1 refleja la decisión del Grupo de Trabajo de mantener la regla supletoria enunciada en el artículo 5 de la versión de 1976 del Reglamento, con la salvedad de que será aplicable como regla supletoria la de los tres árbitros si las partes no llegan a un acuerdo sobre el número de árbitros, y no convienen en que se nombre un único árbitro dentro de los 30 días previstos para responder a la notificación del arbitraje con arreglo al párrafo 1 del artículo 4 (A/CN.9/665, párrs. 57 a 61, 65 a 67).

23. El párrafo 2 prevé un mecanismo corrector accionado por la autoridad nominadora en el supuesto de que una de las partes (o algunas partes en el supuesto de un arbitraje con pluralidad de partes), probablemente el demandado, no participe en la determinación de la composición del tribunal arbitral, y el caso sometido a arbitraje no justifica el nombramiento de un tribunal arbitral con tres árbitros (A/CN.9/665, párrs. 62 a 64).

Nombramiento de árbitros (artículos 8 a 10)

Artículo 8

1. Si las partes han convenido en que se nombre un único árbitro y si, dentro de los 30 días siguientes a la recepción por todas las partes de la propuesta de que se haga dicho nombramiento, las partes no llegan a un acuerdo sobre la designación del árbitro único, este será nombrado, a instancia de parte, por la autoridad nominadora.

2. La autoridad nominadora efectuará el nombramiento tan pronto como sea posible. Para dicho nombramiento, la autoridad nominadora se valdrá del siguiente sistema de listas, a menos que las partes convengan en que no se utilice el sistema de listas, o que la autoridad nominadora determine, en el ejercicio de su poder discrecional, que el sistema de listas no es apropiado para el caso:

a) La autoridad nominadora comunicará a cada una de las partes una lista idéntica que contenga al menos tres nombres;

b) Dentro de los 15 días siguientes a la recepción de esta lista, cada una de las partes podrá devolverla a la autoridad nominadora tras haber eliminado todo nombre que le cause reparos y numerado los nombres restantes de la lista por orden de preferencia;

c) Al expirar dicho plazo, la autoridad nominadora procederá a nombrar un único árbitro de entre las personas que figuren en las listas devueltas y observando el orden de preferencia indicado por las partes;

d) Si por cualquier motivo no puede seguirse este procedimiento, la autoridad nominadora podrá efectuar el nombramiento en el ejercicio de su discrecionalidad.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 8 [numerado artículo 6 en la versión de 1976 del Reglamento]

24. El Grupo de Trabajo convino en insertar las palabras "a instancia de parte" al final del párrafo 1 y suprimir esas palabras en la primera oración del encabezamiento del párrafo 2 y en el apartado a) de ese mismo párrafo. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del artículo 8, con los cambios indicados (A/CN.9/665, párr. 68).

Artículo 9

1. Si se han de nombrar tres árbitros, cada una de las partes nombrará uno. Los dos árbitros así nombrados elegirán el tercer árbitro, que ejercerá las funciones de presidente del tribunal arbitral.

2. Si, dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la notificación por la que una parte anuncie que ha nombrado un árbitro, la otra parte no notifica a la primera el árbitro por ella nombrado, la primera podrá solicitar a la autoridad nominadora que nombre el segundo árbitro. [La primera parte podrá también solicitar a la autoridad nominadora que proceda al nombramiento de un árbitro único, conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 7.]

3. Si, dentro de los 30 días siguientes al nombramiento del segundo árbitro, los dos árbitros no llegan a un acuerdo sobre la elección del árbitro presidente, este será nombrado por la autoridad nominadora siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 8 para nombrar un único árbitro.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 9 [numerado artículo 7 en la versión de 1976 del Reglamento]

25. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del artículo 9, sin cambio alguno (A/CN.9/665, párr. 69). Tal vez el Grupo de Trabajo desee que se inserte el texto entre corchetes que figura al final del párrafo 2, a fin de alinearlo con el contenido del párrafo 2 del artículo 7.

Artículo 10

1. A los efectos del párrafo 1 del artículo 9, cuando se hayan de nombrar tres árbitros y exista pluralidad de demandantes o de demandados, a menos que las partes hayan convenido en valerse de otro método para el nombramiento de los árbitros, las diversas partes actuarán conjuntamente, en su condición de demandantes o de demandados, para el nombramiento de su respectivo árbitro.

2. Si las partes han convenido en que el tribunal esté formado por un número de árbitros distinto de uno o de tres, los árbitros serán nombrados por el método que las partes hayan acordado.

3. En caso de que no se consigna constituir el tribunal arbitral con arreglo a lo previsto en los párrafos 1 y 2, la autoridad nominadora, a instancia de cualquiera de las partes, constituirá el tribunal arbitral y, al hacerlo, podrá revocar todo nombramiento ya realizado y nombrar o volver a nombrar a cada uno de los árbitros y designar al que haya de ejercer las funciones de

presidente. [La autoridad nominadora podrá también optar, a instancia de una de las partes, por nombrar un único árbitro, conforme a lo previsto en el párrafo 2 del artículo 7.]

Observaciones sobre el proyecto de artículo 10 [numerado artículo 7 bis en la versión anterior del texto revisado del Reglamento]

26. El Grupo de Trabajo aprobó, sin cambio alguno, el contenido del artículo 10 (A/CN.9/665, párr. 71). El Grupo de Trabajo tal vez desee que se inserte en el texto definitivo el texto entre corchetes del párrafo 2, a fin de alinearlo con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 7.

Observaciones sobre el artículo 8 de la versión de 1976 del Reglamento

27. El Grupo de Trabajo convino en suprimir el artículo 8 de la versión de 1976 del Reglamento (A/CN.9/665, párr. 72). Se ha trasladado el contenido de su párrafo 1 al nuevo artículo 6 relativo a la designación y funciones de la autoridad nominadora. Tal vez el Grupo de Trabajo desee retener también el contenido del párrafo 2 del artículo 8 de la versión de 1976 del Reglamento, en cuyo caso deberá decidir dónde procede insertarlo. Una opción sería la de colocarlo en el artículo 11 que figura a continuación. El texto del párrafo 2 dice: "Cuando una o más personas sean propuestas como árbitros, deberá indicarse su nombre y dirección completa y su nacionalidad, y se dará una descripción de las cualidades que reúnan para ser nombradas árbitros".

Declaración de imparcialidad y recusación de un árbitro (artículos 11 a 14)

Artículo 11

Cuando se haga saber a una persona la posibilidad de que sea designada para actuar como árbitro, dicha persona deberá revelar toda circunstancia que pueda suscitar dudas motivadas acerca de su imparcialidad o independencia. A partir de su nombramiento y a lo largo de todo el procedimiento, todo árbitro estará obligado a revelar sin demora, a las partes y a los demás miembros del tribunal arbitral, cualquier circunstancia de esa índole que se produzca, salvo que ya les haya informado al respecto.

Declaraciones modelo de imparcialidad, con arreglo al artículo 11 del Reglamento

Nada que declarar: Soy y seguiré siendo imparcial e independiente de las partes en litigio. A mi leal saber y entender, no existe circunstancia alguna, pasada o actual, que pueda motivar alguna duda acerca de mi imparcialidad o independencia. Me comprometo, por la presente, a notificar sin dilación a las partes y a los demás miembros del tribunal arbitral, toda circunstancia de esa índole que pueda llegar, en lo sucesivo, a mi conocimiento en el curso de este arbitraje.

Datos a declarar: Soy y seguiré siendo imparcial e independiente de las partes en litigio. Adjunto a la presente una declaración efectuada en aplicación del artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI acerca de a) toda relación profesional, comercial o de otra índole mantenida en el pasado o en el presente con alguna de las partes, y de b) toda otra circunstancia que pudiera

ser del caso. [*Adjúntese dicha declaración*.] Me comprometo por la presente a notificar sin dilación, a las partes y a los demás miembros del tribunal arbitral, toda relación o circunstancia de esa índole que llegue, en lo sucesivo, a mi conocimiento en el curso de este arbitraje.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 11 [numerado artículo 9 en la versión de 1976 del Reglamento] y Declaraciones modelo de imparcialidad

28. El Grupo de Trabajo convino en insertar "Declaraciones de imparcialidad" en el título del artículo 11, y el texto "y demás miembros del tribunal arbitral" a continuación de la palabra "partes", en la segunda oración del artículo 11. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del artículo 11, con dichos cambios (A/CN.9/665, párrs. 73 y 74).

29. Las declaraciones modelo de imparcialidad son un reflejo de las deliberaciones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/665, párrs. 75 a 80). La finalidad de la segunda declaración sugerida es la de facilitar datos a las partes para determinar si existe alguna circunstancia que suscite dudas motivadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Los cambios introducidos en la segunda declaración tienden a alinear el texto de la declaración con el contenido del artículo 11.

Artículo 12

1. Cabrá recusar a todo árbitro respecto del cual existan circunstancias que den lugar a dudas motivadas acerca de su imparcialidad o independencia.

2. Una parte no podrá recusar al árbitro nombrado por ella sino por causas de las que haya tenido conocimiento después de la designación.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 12 [numerado artículo 10 en la versión de 1976 del Reglamento]

30. El Grupo de Trabajo aprobó, sin cambió alguno, el contenido del artículo 12 (A/CN.9/665, párr. 81).

Artículo 13

1. La parte que desee recusar a un árbitro deberá notificar su decisión dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se notificó el nombramiento del árbitro recusado a la parte recusante, o dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de alguna de las circunstancias mencionadas en los artículos 11 y 12.

2. Toda recusación que se presente deberá ser notificada a las demás partes, así como al árbitro recusado y a los demás miembros del tribunal arbitral. La recusación así notificada deberá ser motivada.

3. Cuando un árbitro haya sido recusado por una parte, cabe que todas las partes den su conformidad a la recusación. Cabe también que el árbitro renuncie al cargo a raíz de ser recusado. Esa conformidad o esa renuncia no serán entendidas como un reconocimiento de la validez de los motivos de la recusación. En ambos casos se sustituirá al árbitro recusado por el procedimiento previsto en el artículo 15.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 13 [numerado artículo 11 en la versión de 1976 del Reglamento]

31. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del artículo 13, con los cambios siguientes:

- en el párrafo 2, se suprimen las palabras "se hará por escrito y" (A/CN.9/665, párr. 84);
- en el párrafo 3, se inserta, en la primera oración, el texto "las demás partes" (A/CN.9/665, párrs. 85 a 88);
- en el párrafo 3, se suprime la última oración, por razón de su redundancia respecto del artículo 15.1 (numerado previamente 13.1), y se hace remisión, para reemplazar al árbitro recusado, al procedimiento previsto en el artículo 15 (A/CN.9/665, párr. 91).

32. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que para uniformar el lenguaje del párrafo 2 de la versión inglesa con el empleado en el párrafo 1 de esa misma oración, se emplea en ambos párrafos de la versión actual la fórmula "la notificación de (su) recusación (será comunicada)". El texto actual de la versión española emplea en ambos párrafos la fórmula formada por el sustantivo "la recusación" y el verbo "notificar".

Artículo 14

1. Si, dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se notifique la recusación, alguna de las partes expresa su disconformidad con la recusación o el árbitro recusado no renuncia, la parte que presente la recusación podrá mantenerla. En tal caso, podrá solicitar que la autoridad nominadora adopte una decisión acerca de la recusación dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que se haya notificado la recusación. De no haberse designado una autoridad nominadora, podrá solicitarse una decisión dentro de los 15 días siguientes a la designación de la autoridad nominadora. De prosperar la recusación, se procederá a reemplazar el árbitro recusado por el procedimiento previsto en el artículo 15.

2. De no cumplir un árbitro su cometido o de verse imposibilitado de hecho o de derecho para cumplirlo, será aplicable el procedimiento previsto en los artículos anteriores y en el párrafo 1 para la recusación de un árbitro.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 14 [numerado artículo 12 en la versión de 1976 del Reglamento]

33. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del artículo 14, con los siguientes cambios (A/CN.9/665, párr. 98):

- insertar ", alguna de las partes" a continuación del término "recusación" en la primera oración (A/CN.9/665, párr. 93);
- sustituir en la primera oración "y" por "o", para mayor claridad de la norma aplicable (A/CN.9/665, párr. 97);

- remitir al procedimiento previsto en el artículo 15 para la sustitución de un árbitro, si es que prospera una recusación (A/CN.9/665, párr. 91).

Sustitución de un árbitro

Artículo 15

1. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 2, en caso de que sea necesario reemplazar a un árbitro en el curso de un procedimiento, se nombrará o elegirá un árbitro para reemplazarlo siguiendo el procedimiento que sea aplicable, con arreglo a los artículos 8 a 11, al nombramiento o la elección del árbitro que se vaya a sustituir. Este procedimiento será aplicable aun cuando una de las partes no haya ejercido su derecho a efectuar o a participar en el nombramiento del árbitro que se vaya a sustituir.

2. Si, a instancia de una de las partes, la autoridad nominadora determina que, en vista de las circunstancias excepcionales del caso, estaría justificado privar a una de las partes de su derecho a nombrar el sustituto de un árbitro, la autoridad nominadora, tras haber dado la oportunidad de ser oídos a las partes, a los árbitros y al árbitro que se vaya a reemplazar, podrá: a) nombrar al sustituto del árbitro; o b) si dicha situación se plantea tras la clausura de las audiencias, autorizar a los otros árbitros a proseguir el arbitraje y a emitir todo laudo o decisión que proceda.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 15 (numerado 13 en la versión de 1976 del Reglamento)

34. El párrafo 1 enuncia la regla general para el nombramiento del sustituto de un árbitro cuando "sea necesario reemplazar a un árbitro", cualquiera que sea la causa que obligue a sustituirlo. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 1 (A/CN.9/665, párr. 103).

35. El párrafo 2 corresponde a una propuesta que se hizo en el Grupo de Trabajo de que se previera la situación en la que se hubiera de privar a una de las partes, en circunstancias excepcionales, de su derecho a nombrar al sustituto del árbitro. El Grupo de Trabajo había convenido en que se estudiara esa propuesta (A/CN.9/665, párrs. 104 a 117).

Reanudación de las actuaciones al sustituirse un árbitro

Artículo 16

Si se sustituye a un árbitro, el procedimiento se reanudará a partir del momento en que el árbitro sustituido dejó de ejercer sus funciones, salvo que el tribunal arbitral decida otra cosa.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 16 [numerado artículo 14 en la versión de 1976 del Reglamento]

36. El Grupo de Trabajo aprobó, sin cambio alguno, el contenido del artículo 16 (A/CN.9/665, párr. 118).

Sección III. Procedimiento arbitral

Disposiciones generales

Artículo 17

1. Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje conforme estime oportuno, siempre que se trate a las partes en pie de igualdad y que se dé a cada parte, en la etapa apropiada del procedimiento, la oportunidad de hacer valer sus derechos. En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes.

2. El tribunal arbitral podrá, en todo momento, tras invitar a las partes a expresar su parecer, prorrogar o abreviar cualquier plazo prescrito en el reglamento o concertado por las partes.

3. Si alguna parte lo solicita, en una etapa apropiada del procedimiento, el tribunal arbitral organizará toda audiencia requerida para la práctica de la prueba de testigos o de la prueba pericial, así como para escuchar los alegatos verbales de las partes. De no presentarse una solicitud al respecto, el tribunal arbitral será el que decida si debe celebrarse alguna audiencia o si las actuaciones se sustanciarán a la luz de los documentos y de las pruebas que se presenten.

4. Toda comunicación que una de las partes dirija al tribunal arbitral deberá ser simultáneamente comunicada, por su autor, a las demás partes, salvo la comunicación prevista en el artículo [26, párrafo 5].

5. El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros entren a ser partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa acumulación de partes no debe ser permitida por poder resultar perjudicial a alguna de ellas. El tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan eventualmente en el arbitraje.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 17 [numerado artículo 15 en la versión de 1976 del Reglamento]

37. El Grupo de Trabajo aprobó, sin cambio alguno, el contenido del párrafo 1 (A/CN.9/665, párr. 119).

38. El párrafo 2 (numerado 1 *bis* en versiones anteriores del texto revisado del Reglamento) incluye los cambios convenidos por el Grupo de Trabajo (A/CN.9/665, párrs. 123 y 125).

39. El párrafo 3 (numerado 2 en versiones anteriores del texto revisado del Reglamento) fue aprobado, en cuanto a su contenido, por el Grupo de Trabajo, sin cambio alguno (A/CN.9/665, párr. 126).

40. Respecto del párrafo 4 (numerado 3 en versiones anteriores del texto revisado del Reglamento), se sugiere insertar en su texto la frase “salvo la comunicación

prevista en el artículo [26, párr. 5]" para alinearlo con dicho artículo, en el supuesto de que el Grupo de Trabajo decida incluir en forma de párrafo 5 del artículo 26 una disposición relativa a las órdenes preliminares (A/CN.9/665, párr. 127).

41. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar el texto del párrafo 5 relativo a la adhesión de terceros al procedimiento (numerado párrafo 4 en versiones anteriores del texto revisado del Reglamento) que trata de reflejar la decisión del Grupo de Trabajo de que el tribunal arbitral podrá decidir asociar una parte al procedimiento arbitral sin su consentimiento, pero que antes de adoptar su decisión al respecto el tribunal arbitral deberá dar a esa parte la oportunidad de ser oída y pronunciarse acerca de todo perjuicio eventual (A/CN.9/665, párrs. 128 a 135).

Lugar del arbitraje

Artículo 18

1. Cuando las partes no hayan acordado previamente el lugar del arbitraje, dicho lugar será determinado por el tribunal arbitral habida cuenta de las circunstancias del caso. El laudo se tendrá por dictado en el lugar del arbitraje.

2. El tribunal arbitral podrá celebrar sus deliberaciones en cualquier lugar que estime oportuno. Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, el tribunal arbitral podrá reunirse en cualquier lugar que estime oportuno para celebrar audiencias o toda otra reunión que proceda.

Observaciones sobre el proyecto del artículo 18 [numerado artículo 16 en la versión de 1976 del Reglamento]

42. El Grupo de trabajo aprobó el contenido del párrafo 1, con la supresión del texto "incluida la conveniencia de las partes" (A/CN.9/665, párr. 136).

43. Se ha escindido el texto de párrafo 2 en dos oraciones, a fin de reflejar la decisión del Grupo de trabajo de que los árbitros podrán reunirse para deliberar entre sí en cualquier lugar que estimen oportuno (A/CN.9/665, párr. 137). Conforme a lo decidido por el Grupo de Trabajo, se ha suprimido el texto "No obstante lo dispuesto en el párrafo 1", así como el término "consultas" (A/CN.9/665, párrs. 138 y 139).

Idioma

Artículo 19

1. A reserva de lo ya acordado por las partes, el tribunal arbitral podrá determinar, sin dilación alguna después de su nombramiento, el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Esa decisión será aplicable al escrito de demanda, a la contestación a la demanda y a cualquier otro alegato que se presente por escrito y, si se convoca alguna audiencia, al idioma o los idiomas en que se habrán de utilizar en las deliberaciones orales.

2. El tribunal arbitral podrá ordenar que todo documento adjunto al escrito de demanda o a la contestación a la demanda, y cualquier otro texto complementario que se presente en el curso de las actuaciones en el idioma original, vaya acompañado de una traducción al idioma o a uno de los idiomas estipulados por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

Observaciones sobre el proyecto de artículo 19 [numerado artículo 17 en la versión de 1976 del reglamento]

44. El Grupo de trabajo convino en mantener la referencia a “idiomas” en plural y aprobó el contenido del artículo 19 (A/CN.9/665, párrs. 140 y 141).

Anexo

Tabla de concordancias

Versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	*Versión de 1976 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*
Sección I. Disposiciones preliminares	**Sección I. Disposiciones introductorias**
Ámbito de aplicación (artículo 1) [y cláusula compromisoria modelo para los contratos]	Ámbito de aplicación (artículo 1) [y cláusula compromisoria modelo]
Notificación y cómputo de los plazos (artículo 2)	Notificación, cómputo de los plazos (artículo 2)
Notificación del arbitraje (artículo 3)	Notificación del arbitraje (artículo 3)
Respuesta a la notificación del arbitraje (artículo 4)	-
Representación y asesoramiento (artículo 5)	Representación y asesoramiento (artículo 4)
Autoridades designadoras y nominadoras (artículo 6)	-
Sección II. Composición del tribunal arbitral	**Sección II. Composición del tribunal arbitral**
Número de árbitros (artículo 7)	Número de árbitros (artículo 5)
Nombramiento de árbitros (artículos 8 a 10)	Nombramiento de árbitros (artículos 6 a 8)
Imparcialidad de los árbitros y su recusación (artículos 11 a 14) – [Declaraciones modelo de imparcialidad]	Recusación de árbitros (artículos 9 a 12)
Sustitución de un árbitro (artículo 15)	Sustitución de un árbitro (artículo 13)
Reanudación de las actuaciones al sustituirse un árbitro (artículo 16)	Repetición de las audiencias en caso de sustitución de un árbitro (artículo 14)
Sección III. Procedimiento arbitral	**Sección III. Procedimiento arbitral**
Disposiciones generales (artículo 17)	Disposiciones generales (artículo 15)
Lugar del arbitraje (artículo 18)	Lugar del arbitraje (artículo 16)
Idioma (artículo 19)	Idioma (artículo 17)

III. RÉGIMEN DE LA INSOLVENCIA

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor realizada en su 35º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008)

(A/CN.9/666) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-4
II.	Organización del período de sesiones	5-10
III.	Deliberaciones y decisiones	11
IV.	Cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza	12-22
	A. Formato	14
	B. Contenido	15-20
	C. Título	21
	D. Distribución de las notas	22
V.	Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia	23-111
	A. Cuestiones de ámbito internacional	24-39
	B. Cuestiones de ámbito nacional	40-111
VI.	Efectos de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual	112-117

I. Introducción

1. En su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión convino en que el tema del tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia estaba ya lo suficientemente desarrollado como para remitirlo al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) a fin de que este lo examinara, y acordó que se diera a dicho Grupo de Trabajo la flexibilidad necesaria para que pudiera presentarle recomendaciones apropiadas sobre el alcance de su futura labor y la forma que debería revestir, en función del contenido de las soluciones que propusiera frente a los problemas que pudiera determinar en relación con el tema.

2. En su 31º período de sesiones, celebrado en Viena del 11 al 15 de diciembre de 2006, el Grupo de Trabajo se manifestó de acuerdo en que la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza ofrecían una sólida base para la unificación de los regímenes de la insolvencia, y en que la labor que se venía realizando tenía por objeto complementar esos textos, no sustituirlos (véase A/CN.9/618, párrafo 69). Un posible método de trabajo podría consistir en el examen de las disposiciones enunciadas en los textos existentes que pudieran ser de interés en el contexto de los grupos de sociedades y en la determinación de las cuestiones que requerirían un debate más a fondo, así como la preparación de recomendaciones suplementarias. Otras cuestiones, aunque fueran de interés para los grupos de sociedades, podrían tratarse del mismo modo que en la Guía Legislativa y en la Ley Modelo. Se sugirió asimismo que el resultado eventual de esta labor revistiera la forma de recomendaciones legislativas respaldadas por un análisis de las consideraciones normativas del caso (A/CN.9/618, párr. 70).

3. En su 32° período de sesiones, celebrado en mayo de 2007, el Grupo de Trabajo continuó su examen del tratamiento de los grupos de sociedades en situaciones de insolvencia basándose en notas de la Secretaría relativas al régimen aplicable a los grupos de sociedades tanto en el ámbito nacional como en el internacional (A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1). Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no examinó el tratamiento que se da en el ámbito internacional a los grupos de sociedades, que se expone en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2.

4. En su 33º período de sesiones, celebrado en noviembre de 2007 y en su 34º período de sesiones, celebrado en marzo de 2008, el Grupo de Trabajo prosiguió su análisis del régimen aplicable a los grupos de empresas (hasta entonces denominados "grupos de sociedades") en situaciones de insolvencia, basándose para ello en las notas de la Secretaría relativas al trato que se da en el derecho interno a los grupos de empresas (A/CN.9/WG.V/WP.78 y Add.1 y A/CN.9/WG.V/WP.80 y Add.1).

II. Organización del período de sesiones

5. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 35º período de sesiones en Viena del 17 al 21 de noviembre de 2008. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Austria, Belarús, Bolivia, Bulgaria, Canadá, China, Colombia, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, Grecia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Letonia, Líbano, Malasia, Marruecos, México, Mongolia, Nigeria, Noruega, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Serbia, Suiza, Tailandia y Venezuela (República Bolivariana de).

6. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Angola, Arabia Saudita, Argentina, Bélgica, Congo, Côte d'Ivoire, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Indonesia, Iraq, Irlanda, Jordania, Kiribati, Lituania, Países Bajos, Perú, Qatar, República Dominicana, Rumania, Togo, Túnez y Yemen.

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

a) **Organizaciones del sistema de las Naciones Unidas**: Fondo Monetario Internacional (FMI);

b) **Organizaciones intergubernamentales**: Asociación Internacional de Organismos Reguladores de la Insolvencia, Banco Central Europeo (BCE), y Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE);

c) **Organizaciones internacionales no gubernamentales**: American Bar Association, American Bar Foundation, Asociación de Alumnos del Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Willem C. Vis, Asociación Internacional de Abogados, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Confederación Internacional de Mujeres Especializadas en Insolvencia y Reestructuración (IWIRC), INSOL International, International Credit Insurance and Surety Association, Grupo de Trabajo Internacional sobre el Régimen Europeo de la Insolvencia, International Insolvency Institute, y Unión Internacional de Abogados (UIA).

8. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Sr. Wisit Wisitsora-At (Tailandia)

Relator: Sr. Kofo Salam-Alada (Nigeria)

9. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.V/WP.81);

b) Una nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.82 y Add.1 a 4);

c) Una nota de la Secretaría sobre la cooperación, la comunicación y la coordinación transfronterizas en procedimientos de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.83);

d) Un resumen del informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor de su 14º período de sesiones (Viena, 20 a 24 de octubre de 2008) (A/CN.9/667, párrs. 129 a 143).

10. 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 la cooperación, la comunicación y la coordinación transfronterizas en los procedimientos de insolvencia, el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia y los efectos de la insolvencia en una garantía real constituida sobre propiedad intelectual.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

11. El Grupo de Trabajo inició su examen de la cooperación, la comunicación y la coordinación en los procedimientos de insolvencia basándose en el documento A/CN.9/WG.V/WP.83, y prosiguió su examen del trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia basándose en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.82 y Add. 1 a 4 y en otros documentos a los que se hace remisión en aquellos. El Grupo de Trabajo examinó asimismo los efectos de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual basándose en los párrafos 129 a 143 del documento A/CN.9/667. A continuación se recogen las deliberaciones que sobre este tema mantuvo el Grupo de Trabajo y las decisiones que adoptó al respecto.

IV. Cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza

12. El Grupo de Trabajo inició su labor examinando el tema de la cooperación, la comunicación y la coordinación en procedimientos de insolvencia sobre la base del documento A/CN.9/WG.V/WP.83, titulado "Proyecto de notas de la CNUDMI sobre la cooperación, la comunicación y la coordinación transfronterizas en procedimientos de insolvencia (en adelante, "las Notas").

13. El Grupo de Trabajo expresó su reconocimiento por el carácter amplio y exhaustivo de las Notas y puso de relieve la importancia que estas tenían ante la actual crisis financiera, así como la trascendencia cada vez mayor que adquirían los casos de insolvencia que se resolvían mediante procedimientos transfronterizos.

A. Formato

14. Se planteó la cuestión de la forma en que deberían publicarse las Notas, concretamente, si debían constituir una publicación aparte o si debían complementar la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, "la Guía") o la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, "la Ley Modelo"). Una amplia mayoría de delegaciones se declaró partidaria de que las Notas se publicaran como texto independiente de ambos instrumentos, pues se estimó que de esta manera se reconocería la importante función instructiva de las Notas y se facilitaría y agilizaría su amplia difusión. Se observó que si las Notas se publicaran como complemento de la Ley Modelo, la aplicabilidad de dichas Notas podría verse limitada innecesariamente, dado que la Ley Modelo aún no se había promulgado en todos los países. Además, debería procurarse no dar la impresión de que las Notas suplantaban a la Ley Modelo sino de que más bien constituían una ampliación de sus artículos 25 a 27. Se sugirió que las Notas se publicaran, por ejemplo, en la página de la CNUDMI en Internet, de modo que pudieran actualizarse periódicamente a medida que evolucionara la práctica seguida en relación con los acuerdos transfronterizos.

B. Contenido

15. El Grupo de Trabajo recordó que las Notas se habían preparado atendiendo al mandato que la Comisión había encomendado a la Secretaría, consistente en que hiciera una recopilación de las prácticas seguidas en la utilización y negociación de acuerdos de insolvencia transfronteriza[1]. Habida cuenta de ello, se subrayó que las Notas no constituían un texto prescriptivo sino descriptivo.

16. En opinión del Grupo de Trabajo, el hecho de que se hubieran agregado a las Notas referencias a determinados acuerdos transfronterizos era particularmente útil, pues esos casos ilustraban adecuadamente las prácticas actuales. Se observó que algunos acuerdos transfronterizos se celebraban entre partes que podrían tener intereses creados en el contenido del acuerdo y, si bien la mayoría de ellos regulaban aspectos legítimos, algunos iban más lejos y abordaban cuestiones sustantivas que tal vez no fuera siempre necesario incluir en los acuerdos.

17. El Grupo de Trabajo señaló que la forma de utilizar los acuerdos transfronterizos podía variar de un Estado a otro, en función de las facultades que tuvieran los jueces y los representantes de la insolvencia en cada ordenamiento y del contenido del régimen de la insolvencia de cada país. Las Notas se limitaban a describir las prácticas actualmente seguidas en la utilización de acuerdos transfronterizos y no daban a entender que dichas prácticas pudieran o debieran ser aplicables en todos los Estados.

18. Además, se observó que, si bien los acuerdos transfronterizos constituían contratos oficiosos que podían negociarse libremente, estaban sujetos a la legislación nacional aplicable. En las Notas no se daba a entender que esos acuerdos pudieran utilizarse para eludir el derecho interno de los Estados o las obligaciones que tal derecho impusiera a las partes.

19. Se observó que los acuerdos transfronterizos podían utilizarse con miras a facilitar la coordinación y la cooperación cuando hubiera un único deudor y también en el caso de un grupo de empresas.

20. En cuanto a la redacción del documento, se opinó que el texto no debería formularse en términos prescriptivos y no debería dar orientación sobre determinados enfoques. Se estimó también que convendría describir el concepto de entendimiento (*comity*) de forma amplia, de modo que reflejara el enfoque adoptado en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI. El Grupo de Trabajo convino en que se incluyeran en el texto cláusulas modelo suplementarias acerca de los aspectos procesales de la comunicación, sobre la base del texto pertinente de la tercera parte de las Notas.

C. Título

21. Con respecto al título definitivo de las Notas, se sugirió que se tuviera presente la posibilidad de calificar el texto de guía. Frente a esta sugerencia se argumentó

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 209 c), y *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17, part I), párrs. 190 y 191.

que, dado que las Notas eran de carácter descriptivo, no ofrecían orientación y no deberían constituir una guía. El Grupo de Trabajo decidió aplazar hasta otro momento la decisión sobre el título que debía darse a las Notas.

D. Distribución de las Notas

22. El Grupo de Trabajo convino en que se distribuyeran las Notas entre los gobiernos a fin de que formularan sus observaciones antes del 36º período de sesiones, previsto en 2009. Debería presentarse al Grupo de Trabajo en dicho período de sesiones, que sería el siguiente, una versión revisada del documento con miras a que la Comisión la examinara y la adoptara en su 42º período de sesiones, en 2009. A este respecto, el Grupo de Trabajo señaló que la Comisión había decidido programar la labor prevista para dicho período de sesiones en 2009 de modo tal que, si fuera necesario, se dispusiera de tiempo para examinar las recomendaciones que formulara el Grupo de Trabajo acerca de las Notas[2].

V. Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia

23. El Grupo de Trabajo prosiguió sus deliberaciones sobre la forma en que había que tratar a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia basándose para ello en el documento A/CN.9/WG.V/WP.82 y en sus adiciones Add.1, Add.2, Add.3 y Add.4, así como en otros documentos que se mencionaban en ellos, y procedió a reanudar sus debates examinando las cuestiones de ámbito internacional que se trataban en el documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4.

A. Cuestiones de ámbito internacional

1. Centro de los principales intereses

24. El Grupo de Trabajo examinó en primer lugar el concepto del "centro de los principales intereses" en el caso de un grupo de empresas y, en particular, la razón por la que podía ser importante determinar dicho lugar y la forma en que cabría definirlo.

25. Se formularon diversas sugerencias acerca de los objetivos por los que podría ser útil determinar el centro de los principales intereses de un grupo de empresas. Entre esos objetivos cabía destacar: la necesidad de determinar la jurisdicción competente para la apertura de procedimientos contra las empresas insolventes de un grupo; la necesidad de facilitar la reorganización de los bienes del grupo; la reducción de las posibilidades de que las partes buscaran el foro más conveniente (*forum shopping*); la necesidad de facilitar la coordinación y la cooperación averiguando qué empresa del grupo asumiría la función principal, así como de determinar la forma en que se coordinaría el procedimiento y se realizaría la cooperación; la determinación del derecho por el que podría regirse el procedimiento; la determinación de aspectos relativos a la sustanciación y gestión

[2] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 321.

del procedimiento, inclusive el control del dinero en efectivo, los planes de reorganización del grupo y las medidas para facilitar la concesión de fondos una vez abierto el procedimiento o para facilitar la consolidación de los patrimonios de las empresas del grupo.

26. Se acordó en general, que, aunque tal vez fuera conveniente, sería difícil concertar una definición del centro de los principales intereses de un grupo de empresas con el fin de limitar, por ejemplo, la apertura de procedimientos paralelos o de facilitar la coordinación y cooperación de múltiples procedimientos entablados contra empresas del grupo. Se puso de relieve que una de las cuestiones fundamentales que plantearía la definición del centro de los principales intereses de un grupo de empresas sería el grado de aceptación de dicha definición, así como el hecho de que fuera ampliamente adoptada y de que los tribunales de los Estados afectados por ella, en determinados casos de insolvencia transfronteriza, la aplicaran voluntariamente.

27. En ausencia de un sistema como el vigente en la Unión Europea para el reconocimiento automático de los procedimientos abiertos en otros Estados, se observó que sería difícil evitar que se abrieran procedimientos paralelos en muchos Estados y que cada uno de ellos pretendiera ser el procedimiento principal. Esta situación ponía de manifiesto la importancia de que se recurriera a acuerdos transfronterizos para facilitar la coordinación y la cooperación. Se señaló asimismo que con la determinación del centro de los principales intereses de un grupo de empresas no se simplificaría necesariamente el número de legislaciones que pudieran ser aplicables a los procedimientos de insolvencia y en particular que, con ello, no podían verse afectados los derechos y la protección de que gozarían los acreedores en los Estados en que no se encontrara el centro de los principales intereses del grupo. Se observó asimismo que sería muy difícil lograr la consolidación de los patrimonios de la insolvencia sin contar con el apoyo unánime de los tribunales de todos los Estados en que se hubieran abierto procedimientos de insolvencia contra empresas del grupo.

28. Asimismo, se formularon diversas sugerencias sobre cómo cabría determinar el centro de los principales intereses de un grupo de empresas y sobre si bastaría para ello con un único factor. Entre los factores determinantes se sugirieron los siguientes: el lugar desde el cual se coordinaran los asuntos financieros del grupo; el lugar en el que se decidieran los criterios de actuación del grupo y se adoptaran las decisiones de gestión; el lugar en que tuviera lugar la producción o fabricación; el lugar desde el cual se controlara al grupo, de acuerdo con la explicación que se daba del concepto de "control" en el glosario (A/CN.9/WG.V/WP.82); y el lugar en que se encontrara el domicilio social del grupo, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3) del artículo 16 de la Ley Modelo.

29. Se respondió que un enfoque consistente en un único factor, como el del centro financiero del grupo, resultaría demasiado limitado. Por ejemplo, podría darse el caso de que la empresa financiera matriz del grupo no fuera insolvente y de que, por tanto, no se viera afectada por el procedimiento de insolvencia, o de que el centro financiero del grupo no se encontrara en el mismo lugar que el principal centro de actividad comercial del grupo, o de que hubiera razones concretas, como la existencia de ventajas fiscales, para elegir un lugar como centro financiero del

grupo que no coincidiera con el lugar en que se llevaran a cabo sus principales actividades comerciales.

30. Se observó además que, si bien la presunción enunciada en el párrafo 3) del artículo 16 de la Ley Modelo podría aplicarse a las empresas integrantes de un grupo, no podría ser directamente aplicable al grupo de empresas en su totalidad, dado que por lo general los grupos carecen, en el derecho interno, de domicilio social o de lugar de residencia habitual. No obstante, se propuso a este respecto que el párrafo 3) del artículo 16 constituyera la base de una presunción rebatible en relación con el centro de los principales intereses de la empresa del grupo de empresas que, según las verificaciones, controlara el grupo en su conjunto. Los factores enunciados en los párrafos 6 y 13 del documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4 podrían ser pertinentes para refutar esa presunción.

31. Algunas delegaciones se declararon partidarias de esta propuesta, a reserva de que se introdujeran en ella algunas modificaciones. Concretamente, se pidió que la empresa que controlara el grupo se considerara únicamente la primera empresa entre empresas iguales que estaba facultada para dirigir la coordinación y la cooperación, y que no se viera como una empresa dotada de facultades suplementarias en lo que respecta a la sustanciación o gestión del procedimiento; que se diera a esa regla una forma que reflejara el mismo criterio de la Ley Modelo, que es el de facilitar, apoyar y alentar la determinación de cuál de las empresas es la que ejerce el control, aunque sin llegar a sugerir que dicha parte fuera reconocida automáticamente en todos los Estados; y que los factores que pudieran ser pertinentes para refutar esa presunción se contemplaran desde una perspectiva colectiva, y no individual. Se expresó la opinión de que si se utilizaba el factor de la percepción por los terceros, podrían surgir dificultades en la práctica.

32. El Grupo de Trabajo llegó a las siguientes conclusiones: que la presunción establecida en el párrafo 3) del artículo 16 de la Ley Modelo no era directamente aplicable en el contexto de los grupos de empresas; que podría ser útil formular una regla sobre el centro de los principales intereses de un grupo de empresas, a fin de facilitar la coordinación entre los múltiples procedimientos de insolvencia entablados contra empresas pertenecientes al grupo; y que en esa regla pudiera establecerse una presunción rebatible, del tenor de la enunciada en el párrafo 3) del artículo 16, para determinar la sede de la empresa que controla el grupo, y que los factores pertinentes para rebatir la presunción se basaran en los factores enunciados en los párrafos 6 y 13 del documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4. Estos factores deberían tomarse en consideración colectivamente. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de texto del comentario, así como una recomendación basada en las deliberaciones mantenidas por el Grupo de Trabajo.

2. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

33. Las delegaciones reconocieron en su mayoría que la financiación concedida tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, aunque planteara problemas de derecho contractual, revestía una importancia crucial para la reorganización de grupos de empresas, por lo que debería abordarse en el régimen de la insolvencia.

34. El Grupo de Trabajo se planteó la posibilidad de formular recomendaciones sobre la concesión de fondos una vez abierto el procedimiento de insolvencia, tal vez sobre la base de los proyectos de recomendación 10 a 13 relativos a la

financiación posterior a la apertura en un contexto nacional, de acuerdo con lo señalado en el documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2; y se planteó también otra opción consistente en abordar el tema únicamente en el comentario. Las delegaciones apoyaron mayoritariamente la opción de formular una recomendación que contribuyera a mejorar la previsibilidad y que contemplara la autorización necesaria.

35. Según una delegación, dado que el contexto internacional difería de la situación interna, toda recomendación que se elaborara en relación con dicho contexto habría de apartarse del enfoque previsto en los proyectos de recomendación 10 a 13. Se observó, por ejemplo, que si se beneficiaba a los acreedores del Estado en que se obtuviera el préstamo, se podría perjudicar a los acreedores de los Estados de los prestamistas. Así pues, se puso de relieve la necesidad de coordinación entre los distintos ordenamientos, lo cual podría implicar el consentimiento de todas las partes afectadas. En una recomendación cabría disponer que, cuando se llegara a tal acuerdo, el régimen de la insolvencia debería disponer la autorización necesaria para que las partes pudieran seguir adelante. Se recordó que en las recomendaciones de la Guía se pretendía lograr que se previera la autorización necesaria.

36. Según otra delegación, en los proyectos de recomendación 10 a 13 no se descartaba implícitamente ni explícitamente la concesión de fondos tras la apertura del procedimiento en el contexto internacional y se sostuvo que solo era preciso subordinarla a las reglas sobre conflictos de leyes. El Grupo de Trabajo convino en reexaminar la cuestión de una eventual recomendación una vez que hubiera deliberado sobre los proyectos de recomendación 10 a 13.

37. Se sugirió que el Grupo de Trabajo, además de examinar el tema de la financiación tras la apertura del procedimiento, se ocupara también de la cuestión de la concesión de créditos tras la solicitud de apertura de un procedimiento.

3. Coordinación y cooperación

38. En lo que respecta a la coordinación y la cooperación, el Grupo de Trabajo estimó que, si bien cabría incluir en la labor sobre los grupos de empresas una recomendación en la que se alentara a los legisladores y a los tribunales a inspirarse en el texto de las Notas, resultaría difícil llegar a un acuerdo sobre un texto concreto en el actual período de sesiones. Se convino en aplazar el examen de esa cuestión hasta un futuro período de sesiones. Se apoyó la propuesta de incluir en el texto una recomendación por la que se promoviera la adopción de la Ley Modelo.

4. Otros problemas

39. El Grupo de Trabajo acordó analizar los temas de los aspectos internacionales de la coordinación procesal, la consolidación patrimonial, el nombramiento de un único representante de la insolvencia y la elaboración de un único plan de reorganización, ocupándose simultáneamente de las recomendaciones relativas al tratamiento dado en los Estados a estas cuestiones.

B. Cuestiones de ámbito nacional

40. El Grupo de Trabajo prosiguió su examen del tema del tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia en el contexto nacional, conforme a lo tratado en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.82 y Add.1, Add.2 y Add.3.

41. El Grupo de Trabajo convino en que la introducción al tema de los grupos de empresas que figuraba en el documento A/CN.9/WG.V/WP.82 ofrecía una información de fondo de gran utilidad para el tema, por lo que debería mantenerse en el producto final de la labor realizada.

1. Glosario (A/CN.9/WG.V/WP.82)

42. El Grupo de Trabajo formuló las sugerencias que figuran a continuación en lo que respecta a los términos y expresiones definidos en el glosario.

a) "Grupo de empresas"

43. i) Al final de la definición, debería sustituirse "por su capital o alguna forma de control" por "por su capital y alguna forma de control"; en caso de que se decidiera mantener la disyuntiva con la conjunción "o", convendría agregar a la definición una referencia a la importancia del nivel de capital (por ejemplo, especificando que se poseía una participación "mayoritaria" o "sustancial" en dicho capital).

ii) Supresión de las palabras "su capital o", ya que la participación en el capital social de una empresa no era más que uno de los ejemplos de cómo podía ejercerse el control.

44. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener en el texto de la definición de "Grupo de empresas" la disyuntiva, con la conjunción "o", aunque anteponiendo a la palabra "capital" la palabra "considerable".

b) "Empresa", "control" y "coordinación procesal"

45. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las definiciones de los conceptos de "empresa", "control" y "coordinación procesal", enunciadas en los tres párrafos b) a d).

c) "Consolidación patrimonial"

46. i) En la explicación habría que hacer referencia al "tratamiento" del activo como si formara parte de una única masa de la insolvencia, en vez de hablar de la combinación del activo y del pasivo a fin de crear una única masa de la insolvencia.

ii) A fin de dar cabida en la definición a una consolidación patrimonial parcial, convendría que el texto dijera "algunos de los activos y pasivos, o todos ellos".

47. El Grupo de Trabajo aprobó ambas sugerencias.

2. Solicitud conjunta (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1)

48. El Grupo de Trabajo examinó los temas de la solicitud de apertura y de la apertura del procedimiento de insolvencia contra grupos de empresas en el contexto nacional y sobre la base de las recomendaciones 1 y 2.

Cláusula de la finalidad

49. El Grupo de Trabajo examinó la cláusula de la finalidad revisada y aprobó su texto. El Grupo de Trabajo convino también en especificar, en una nota de pie de página, que cada empresa integrante del grupo mantendría su condición de entidad jurídica independiente en el contexto de una solicitud conjunta de apertura de un procedimiento de insolvencia, de conformidad con el párrafo a) de la cláusula de la finalidad que figura en las recomendaciones sobre la consolidación patrimonial (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3).

Recomendación 1

50. Se pidió que se diera una aclaración acerca de si, en virtud del proyecto de recomendación 1 b), el acreedor que presentara una solicitud conjunta tenía que ser un acreedor de todas las empresas de un grupo afectadas por la solicitud conjunta. Se respondió confirmando que esa era la intención del proyecto de recomendación 1 b) y sosteniendo que debía existir una relación directa entre el acreedor y la empresa de un grupo que se viera afectada. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que revisara el proyecto de recomendación 1 con miras a especificar que, para poder presentar una solicitud, un acreedor tenía que ser acreedor de todas las empresas de un grupo contra las que se solicitara conjuntamente la apertura de un procedimiento.

Recomendación 2

51. Se señaló que el proyecto de recomendación 2 no indicaba criterios para determinar qué tribunal sería competente en el caso de una solicitud conjunta. No obstante, se señaló que esos criterios estaban enunciados en el párrafo 23 del comentario relativo a la coordinación procesal y que serían igualmente aplicables a las solicitudes conjuntas.

52. Se observó que, si bien en el proyecto de recomendación 2 se abordaba la cuestión del tribunal competente, no se trataba la cuestión de los deudores que entraban en el ámbito del régimen de la insolvencia, y esas eran dos cuestiones que en general los regímenes de la insolvencia regulaban conjuntamente. Se recordó que, dado que las recomendaciones de la Guía eran automáticamente aplicables a los grupos de empresas, a menos que se especificara otra cosa, la recomendación 10 de la Guía abordaría, en ese contexto, la cuestión de si la situación de los deudores estaba regulada por el régimen de la insolvencia. El Grupo de Trabajo convino en insertar en el comentario una referencia a la recomendación 10 de la Guía.

3. Coordinación procesal

Cláusula de la finalidad

53. Tras tomar nota de que la cláusula de la finalidad no se había revisado desde el anterior período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó su contenido.

Recomendaciones 3 y 4

54. Se formuló la pregunta de si la lista enunciada en la recomendación 3 b) pretendía ser exhaustiva. Se convino en que no era esa la intención y que convendría formular la lista de modo que se entendiera que solo tenía un carácter indicativo.

55. Se señaló que cabría deducir del orden de los proyectos de recomendación 3 y 4 que el tribunal podría entablar una coordinación procesal sin disponer de una solicitud presentada de conformidad con el proyecto de recomendación 4. A este respecto se señaló al Grupo de Trabajo el texto del párrafo 22 del comentario, en el que también se sugería que el tribunal podría gozar de esa facultad. Se recordó que en general la Guía no preveía que los tribunales actuaran por iniciativa propia en cuestiones de insolvencia, y esta cuestión se trataba en el párrafo 24 del documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3. Tras deliberar, se convino en mantener el enfoque previsto en la Guía. En consecuencia, se acordó revisar el párrafo 22 e invertir el orden de los proyectos de recomendación 3 y 4, agregando al texto las palabras necesarias para asegurar que el tribunal solo pudiera adoptar su decisión sobre la base de una solicitud, conforme a lo que dispone actualmente el proyecto de recomendación 4.

56. Se formuló la pregunta de si el tribunal, al dictar una orden de coordinación procesal, debería limitarse a dictar únicamente las órdenes pedidas en la solicitud. Tras deliberar, se convino en que esta cuestión se dejara en manos del derecho interno, aunque cabría insertar alguna explicación en el comentario.

57. Se preguntó asimismo si los acreedores mencionados en el proyecto de recomendación 4 c) deberían ser únicamente los acreedores que estuvieran autorizados a solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia, dado que podría haber Estados en que no todos los acreedores pudieran cursar tal solicitud. Se recordó que en la Guía (concretamente en su recomendación 14) se recomendaba que todos los acreedores de un deudor tuvieran derecho a solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. Dado que las recomendaciones relativas a los grupos de empresas se basaban en las recomendaciones de la Guía, tal distinción no se plantearía.

58. También se puso en entredicho que, habida cuenta de que en el proyecto de recomendación 3 c) se disponía que las solicitudes de coordinación procesal podían presentarse en el momento de la solicitud de apertura o posteriormente, tuviera que hacerse una distinción entre los acreedores que estuvieran facultados o cualificados para presentar solicitudes en esos dos momentos. Tras deliberar, se apoyó la opinión de que debería preverse el máximo de posibilidades de solicitar la coordinación procesal en lo que respecta a las empresas pertenecientes a un mismo grupo. Se llegó a la conclusión de que no podía propugnarse la limitación impuesta por el proyecto de recomendación 4 c), conforme a la cual un acreedor solamente podía solicitar la coordinación procesal de dos o más empresas pertenecientes a un grupo si dichas empresas tenían deudas con ese acreedor.

59. Cuando la solicitud de coordinación procesal se cursara en el momento de la presentación de solicitud de apertura de un procedimiento, la cuestión de la apertura debería tratarse independientemente de la de la coordinación procesal en lo que respecta a la cuestión de los acreedores habilitados para solicitarla. Del mismo modo, una vez que se hubiera entablado el procedimiento contra dos o más

miembros de un grupo, ya no debería requerirse que un acreedor solamente pudiera solicitar la coordinación procesal respecto de las empresas del grupo de las que fuera acreedor. La decisión de dictar una orden de coordinación procesal no debería estar supeditada a las cualificaciones del acreedor. En consecuencia, se convino en que se revisara el proyecto de recomendación 4 c), de modo que dispusiera que podría solicitar la coordinación procesal todo acreedor de una empresa integrante de un grupo que estuviera sujeta a un procedimiento de insolvencia.

Recomendación 5

60. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 5.

Recomendación 6

61. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 6.

Recomendaciones 7 a 9

62. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los proyectos de recomendación 7 a 9.

Cuestiones de ámbito internacional

63. Se observó que los proyectos de recomendación 3 a 9 no eran directamente aplicables en el contexto internacional, pues planteaban ciertos problemas, como el de la determinación del tribunal competente y de la ley aplicable, que debían abordarse de modo diferente. Se señaló asimismo que, para resolver la coordinación de procedimientos contra distintas empresas de un grupo, no sería suficiente hacer una remisión a la Ley Modelo, pues esta solo regulaba la coordinación de procedimientos paralelos que afectan al mismo deudor. Sería más apropiado remitir a las Notas, en las que se describían las prácticas seguidas actualmente entre distintos ordenamientos para la coordinación de procedimientos paralelos, inclusive los procedimientos entablados contra empresas de un grupo. Se sugirió que se ampliara la interpretación de las partes de la Ley Modelo referentes a la coordinación, de modo que fueran también aplicables a los grupos de empresas. Se observó que el hecho de utilizar el concepto de "centros de los principales intereses" podría causar dificultades innecesarias en el contexto de los grupos de empresas, pues dicho concepto solía asimilarse al lugar en que se sustanciaba el procedimiento principal. A fin de paliar el problema, cabría considerar que el centro de los principales intereses determinaba el lugar del procedimiento principal y era el "centro de coordinación" o "centro nervioso" del grupo.

64. El Grupo de Trabajo recordó su conclusión en el sentido de que sería posible incluir en la labor sobre los grupos de empresas una recomendación relativa a las Notas (véase el párrafo 38 *supra*) y convino en que en el comentario sobre las cuestiones de ámbito internacional que afectaran a la coordinación procesal se abordara el problema de la aplicación limitada de la Ley Modelo en el contexto de los grupos de empresas.

4. Financiación posterior a la apertura (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2)

Cláusula de la finalidad

65. El Grupo de Trabajo aprobó el texto de la cláusula de la finalidad.

Recomendaciones 10 a 13

66. Según opinó una delegación, dado que los proyectos de recomendación 10 a 13 no eran aplicables a los prestamistas ajenos al grupo de empresas y dado que las recomendaciones de la Guía eran insuficientes a este respecto, habría que modificar los proyectos de recomendación de modo que abarcaran también la financiación externa y que permitieran tomar en consideración no solo las consecuencias de la concesión de un crédito en estas condiciones para cada empresa del grupo sino también de los beneficios que reportaría el crédito al grupo en su conjunto. Se respondió poniendo en entredicho que la finalidad de las disposiciones relativas a la financiación posterior a la apertura en el contexto de un grupo de empresas fuera, con arreglo al principio de que cada empresa constituía una entidad jurídica de por sí, beneficiar a la empresa del grupo o a todas las empresas del grupo. Recordando que el Grupo de Trabajo había convenido en la importancia clave que tenía el hecho de que cada empresa del grupo constituyera una entidad jurídica de por sí, se estimó que el hecho de prever ventajas para todas las empresas de un grupo no se ajustaba a lo convenido. Se señaló asimismo que si en las recomendaciones se abordara la cuestión de los beneficios que reportaría un crédito a la totalidad del grupo, podrían surgir problemas a la hora de obtener el consentimiento de todos los acreedores para la concesión de fondos tras la apertura y de afrontar eventuales objeciones.

67. Se hicieron algunas aclaraciones acerca del alcance de los proyectos de recomendación. Se sugirió, por ejemplo, que pudiera pedirse a las empresas insolventes del grupo que garantizaran los fondos concedidos a las empresas solventes del mismo grupo, un supuesto que no estaba previsto en el actual proyecto. Se respondió que tal situación sería equiparable a la enajenación de los bienes de la empresa insolvente del grupo a la que afectaran las recomendaciones de la Guía relativas a esta cuestión.

68. Se dio un ejemplo de las limitaciones a que estaría expuesto un representante de la insolvencia a la hora de acceder a que se otorgara financiación externa tras la apertura debido a los riesgos personales que ello podría entrañar para el representante, pues esa financiación tras la apertura podría considerarse perjudicial para la empresa cuyos intereses tuviera que defender; no obstante, dicha empresa podría comprender, al igual que el tribunal, que probablemente tal financiación redundaría en mayor beneficio de todo el grupo y, por tanto, en última instancia también de los acreedores de esa empresa del grupo.

69. Se planteó también la cuestión de si las salvaguardias previstas en los proyectos de recomendación 10 a 13 eran suficientes para proteger los intereses de los acreedores. Según una delegación, si bien esas salvaguardias podrían ser suficientes en el contexto de la reorganización de una empresa en dificultades, cuando esta prosperara, tal vez resultaran insuficientes si fracasara.

70. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que: la concesión de fondos tras la apertura del procedimiento debería basarse en el criterio de la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo; la recomendación 63 de la Guía era adecuada para regular la financiación externa concedida a una empresa insolvente de un grupo; los proyectos de recomendación 10 y 12 eran suficientes para reglamentar el otorgamiento de una garantía real o de otra índole por parte de una empresa insolvente del grupo para respaldar la financiación posterior a la

apertura concedida a otra empresa del grupo; y en el comentario habría que abordar la cuestión de la enajenación de los bienes.

71. Con respecto al proyecto de recomendación 11, el Grupo de Trabajo convino en sustituir "may" por "should" en la primera línea (versión inglesa)*, y en suprimir la última frase, a fin de paliar el problema planteado por las delegaciones que sostenían que en muchos Estados no sería aceptable que la prelación fuera determinada por el tribunal.

72. En cuanto al proyecto de recomendación 12, el Grupo de Trabajo convino en que, en la tercera línea, se suprimieran las palabras "también sujeta a un procedimiento de esta índole", a fin de no limitar innecesariamente su ámbito de aplicación.

73. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 13.

Financiación previa a la apertura o posterior a la solicitud de un procedimiento

74. En el transcurso de los debates sobre la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, se sugirió de nuevo que se abordara también la cuestión de la concesión de fondos antes de la apertura o después de la solicitud de apertura de un procedimiento (véase el párrafo 37 *supra*). Se respondió con el argumento de que la financiación previa a la apertura o posterior a la solicitud de apertura ya estaba regulada en la Guía, concretamente por las recomendaciones sobre las medidas cautelares (recomendación 39).

Cuestiones de ámbito internacional

75. Se observó que los proyectos de recomendación 10 a 13 no eran directamente aplicables en el contexto internacional, pues en dicho contexto se planteaban diversas dificultades, concretamente en relación con la competencia y el grado de prelación de determinados tipos de créditos en virtud de la ley aplicable. A este respecto se señaló que, a efectos de la aprobación de la financiación posterior a la apertura, únicamente el tribunal competente estaría debidamente facultado para ello y habría de atenerse a los criterios de prelación aplicables en el Estado pertinente. Se observó asimismo que, en un plan de reorganización, podía resolverse el tema de la jurisdicción. El Grupo de Trabajo convino en general en que las Notas revestían una gran importancia en lo que respecta a la financiación posterior a la apertura en el contexto internacional.

5. Procedimiento de impugnación

Cláusula de la finalidad

76. Se formuló la pregunta de si el concepto de "personas", empleado en el párrafo d), se refería únicamente a las empresas del grupo o podía abarcar también a personas físicas, como a los directivos de las empresas del grupo u otras personas allegadas que intervinieran en operaciones realizadas con empresas del grupo. Una delegación opinó que la palabra solo se refería a las empresas de un grupo. En cambio, a juicio de otra delegación, el término debería abarcar también a las personas físicas. Se respondió considerando que las recomendaciones de la Guía

* En la versión española, debido a un error, el texto ya dice "debería".

deberían ser suficientes para regular las operaciones concertadas entre las empresas de un grupo y personas físicas. Tras deliberar, decidió que esas recomendaciones se centraran en las operaciones concertadas entre empresas de un grupo y que, a fin de aclarar el alcance del párrafo d), se agregaran, después del término "personas", las palabras ", inclusive empresas integrantes de un grupo,".

Recomendación 14

77. Se planteó la cuestión de los objetivos que se perseguían, no solo con las recomendaciones de la Guía, sino también con los proyectos de recomendación. A juicio de una delegación, las recomendaciones de la Guía eran suficientes para abordar todos los aspectos de la impugnación de operaciones concertadas entre empresas de un grupo, y si se agregaban al texto consideraciones suplementarias como las del proyecto de recomendación 14, podría darse a entender que se aplicaban distintas reglas según si se trataba de deudores únicos o de deudores que fueran empresas de un grupo. Según otra delegación, el proyecto de recomendación no pretendía ampliar la recomendación 87 sino establecer las consideraciones especiales que pudieran aplicarse a las operaciones realizadas entre empresas integrantes de un grupo. Se señaló que por lo general las empresas de un grupo se considerarían "personas allegadas", en el sentido que se daba a este concepto en la definición de la Guía.

78. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que, en las líneas tercera y cuarta, se sustituyeran las palabras "personas allegadas en el contexto de un grupo de empresas" por las palabras "empresas pertenecientes a un grupo".

Recomendación 15

79. A fin de ajustar el texto a las aclaraciones convenidas respecto del proyecto de recomendación 14, se convino en que se sustituyeran las palabras "al impugnar, en el curso de un procedimiento de insolvencia, operaciones en las que intervengan dos o más empresas de un grupo" por las palabras "al impugnar, en el curso de un procedimiento de insolvencia, operaciones realizadas entre empresas pertenecientes a un mismo grupo". A reserva de esta enmienda, el Grupo de Trabajo aprobó el texto del proyecto de recomendación 15.

6. Subordinación

80. El Grupo de Trabajo convino en que el comentario sobre la subordinación era útil, por lo que debería mantenerse en el texto. En cambio, no obtuvo apoyo la propuesta de que también se formularan recomendaciones al respecto.

7. Consolidación patrimonial (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3)

Cláusula de la finalidad

81. A reserva de que, en el párrafo c), se sustituyeran las palabras "en los que cabrá recurrir a" por las palabras "en los que pueda existir la posibilidad de recurrir a", a fin de ajustar ese texto a la decisión adoptada en el 34º período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el texto de la cláusula de la finalidad.

Recomendación 16

82. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 16.

Recomendación 17

83. Recordando las deliberaciones mantenidas respecto del orden en que debían figurar los proyectos de recomendación 3 y 4, se cuestionó la necesidad de invertir también el orden de los proyectos de recomendación 17 y 18 para paliar los mismos problemas (véase el párrafo 53 *supra*), y también se cuestionó que la consolidación patrimonial pudiera ser ordenada por iniciativa del tribunal. En relación con este último punto, se señaló que tal cuestión se había examinado también en el contexto de la coordinación procesal y que el Grupo de Trabajo había convenido en que, de acuerdo con el enfoque adoptado en la Guía, esa cuestión no debería regularse en el texto sino que debería dejarse en manos del derecho interno. A este respecto se hizo referencia al párrafo 24 del comentario, en el documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3.

84. Respecto del orden en que deben figurar los proyectos de recomendación se expresó el parecer de que, habida cuenta de la particular naturaleza de la consolidación patrimonial, en el proyecto de recomendación 17 deberían enunciarse claramente las condiciones en que el tribunal podrá ordenar una consolidación patrimonial. También se daría una mayor claridad en cuanto al contenido del proyecto de recomendación 17 si se sustituyera su encabezamiento por palabras del siguiente tenor: "Condiciones en las que podrá dictarse una consolidación patrimonial". Tras deliberar, se convino en la posibilidad de estudiar el orden en que deben figurar los proyectos de recomendación 17 y 18 teniendo en cuenta la decisión adoptada respecto de los proyectos de recomendación 3 y 4, a fin de garantizar que quede claro que solo podrán dictarse órdenes ya sea de coordinación procesal o de consolidación patrimonial si lo solicitan las partes especificadas.

85. La propuesta de agregar la palabra "solo", antes de "si se dan las circunstancias siguientes", en la parte introductoria de la recomendación, no obtuvo un apoyo suficiente por estimarse que esa limitación ya se desprendía de la estructura del proyecto de recomendación 17 y de la última frase del proyecto de recomendación 16. En cambio, se apoyó la propuesta de suprimir, también en la parte introductoria, después de "consolidación patrimonial", las palabras "en el curso de las actuaciones seguidas".

Recomendación 18

86. No recibió apoyo la propuesta consistente en que, entre las partes autorizadas para solicitar una consolidación patrimonial, se agregaran también los accionistas. Se observó que, dado que las partes que con mayor probabilidad dispondrían de la información necesaria para presentar una solicitud de consolidación de patrimonios serían el representante de la insolvencia y el propio tribunal, no se entendía muy bien la razón por la que se había incluido a los acreedores en el párrafo a), pero no recibió apoyo la propuesta de que se eliminara a los acreedores de la enumeración de dicho párrafo.

87. Con respecto al párrafo b) se sugirió que se restringiera el sentido de las palabras "o en todo momento ulterior", a fin de tener en cuenta que era prácticamente imposible proceder a una consolidación patrimonial durante una fase

avanzada del procedimiento. Se estimó que, dado que en el párrafo 25 del comentario ya se abordaba esa cuestión, no era necesario introducir más limitaciones en esas palabras del párrafo b).

Recomendación 19

88. El Grupo de Trabajo convino en que tal vez fuera necesario reordenar los párrafos del proyecto de recomendación 19, a fin de que quedara claramente especificado el efecto clave de toda consolidación patrimonial, que es la creación de una única masa patrimonial consolidada. Con respecto al párrafo c) se formuló la pregunta de cómo podría aplicarse esta disposición en la práctica, habida cuenta del efecto sustantivo de toda consolidación patrimonial que afectara a los derechos de distintos acreedores. Recibió cierto apoyo la propuesta de que se agregaran al texto las palabras "en la medida de lo posible". Se convino en que se suprimieran las palabras que figuraban entre corchetes al final del párrafo. Se formuló una pregunta sobre la forma en que debía interpretarse el párrafo c), habida cuenta de la cancelación de los créditos y las deudas entre empresas del mismo grupo, prevista en el párrafo a).

89. Respecto del párrafo d), las delegaciones apoyaron mayoritariamente la sugerencia de que se explicara mejor el tipo de junta de acreedores que cabría convocar, complementándola con palabras como "combinada" o "conjunta", y de que se evitara dar a entender que solo podría celebrarse una única reunión de tal junta.

Recomendación 20

90. Una delegación preguntó si podría suprimirse el proyecto de recomendación 20, habida cuenta de que en el proyecto de recomendación 19 ya se explicaban suficientemente los efectos generales de una consolidación patrimonial. Según una delegación, cabría suprimir los párrafos a) a c), pues en ellos no solo se reiteraban principios ya expuestos en otras disposiciones, que eran consecuencias claras y evidentes de la consolidación patrimonial, sino también porque podrían inducir a error. En particular se opinó que cabría considerar que los párrafos a) a c) establecían las únicas excepciones al principio enunciado en la parte introductoria del texto. En cambio, otra delegación estimó que el proyecto de recomendación ofrecía seguridad y previsibilidad a los acreedores y, si bien enunciaba principios que pudieran resultar claros para algunas delegaciones, tal vez no lo fueran para todas ellas. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener el texto del proyecto de recomendación 20 en su forma actual y en puntualizar en el comentario que los párrafos a) a c) tenían un carácter ilustrativo.

91. Se sugirió que en el comentario se abordara la cuestión de si el proyecto de recomendación 20 tendría como consecuencia que una garantía real constituida sobre algunos de los bienes de una empresa de un grupo, o sobre todos ellos, pasara a ser una garantía real que gravara todos los bienes consolidados.

Recomendación 21

92. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 21 y convino en que en el comentario se trataran las razones que pudieran justificar la

decisión de un tribunal de dictar una orden de consolidación parcial de los patrimonios.

Recomendación 22

93. Se observó que el texto del proyecto de recomendación adolecía de una complejidad innecesaria y se consideró que bastaría con formular una declaración de principios en la parte introductoria de dicho texto. En cambio, otra delegación opinó que habría que mantener el texto en su forma actual, precisamente porque el proyecto de recomendación abordaba una cuestión compleja y difícil y porque los ejemplos citados ayudaban al lector a comprenderla mejor. Gracias al grado de especificidad de la recomendación se evitaría que el período de sospecha se prorrogara o se redujera sin justificación cuando se ordenara una consolidación patrimonial. El Grupo de Trabajo aprobó el texto del proyecto de recomendación 22.

Recomendación 23

94. A la pregunta formulada sobre el alcance del proyecto de recomendación se respondió en concreto que el término "modificación" no abarcaba la revocación de la orden de consolidación patrimonial. Se sugirió que en el proyecto de recomendación se abordara la cuestión de quién podía solicitar una orden de modificación. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el texto del proyecto de recomendación.

Recomendaciones 24 y 25

95. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los proyectos de recomendación 24 y 25.

Cuestiones de ámbito internacional

96. Se señaló que la Ley Modelo no era aplicable a los grupos de empresas y que, en la actualidad, solo tenía una aplicación limitada. Además, podía ocurrir que la Ley Modelo solo se aplicara con el fin de facilitar la cooperación una vez lograda la consolidación patrimonial de empresas de ámbito nacional. Se trataba de una cuestión compleja, que no solo requeriría una amplia aceptación de la consolidación patrimonial, sino que además sería indispensable que todos los Estados en cuyo territorio estuvieran situadas determinadas empresas de un grupo consintieran en que se procediera a una consolidación patrimonial transfronteriza. Una vez lograda esta posición, la Ley Modelo y los acuerdos transfronterizos podrían servir para facilitar la cooperación. Se sugirió que en el comentario se abordara la situación en que se consolidaran los patrimonios de algunas empresas de un grupo situadas en un Estado, mientras que en otro Estado no ocurriera lo mismo con otras empresas del mismo grupo.

8. Participantes

Nombramiento de un representante de la insolvencia

Cláusula de la finalidad

97. El Grupo de Trabajo aprobó el texto de la cláusula de la finalidad.

Recomendación 26

98. A la pregunta de si la referencia al "tribunal", en el proyecto de recomendación, podría hacerse extensiva a otros órganos, tales como los encargados de supervisar a los representantes de la insolvencia, se respondió aclarando que, de conformidad con la definición pertinente dada en el glosario de la Guía, el término "tribunal" también podría entenderse referido a una autoridad judicial o de otra índole que tuviera competencia para controlar o supervisar el procedimiento de insolvencia.

99. Se consideró que el texto sería más comprensible si se sustituyeran las palabras "en provecho de la administración" por las palabras "en provecho de los acreedores". Las delegaciones no apoyaron esta propuesta de enmienda por estimar que la finalidad del proyecto de recomendación 26 era lograr una administración eficaz y que la expresión original reflejaba mejor los objetivos que tenían los procedimientos de insolvencia en diversos ordenamientos.

[un único] [un mismo]

100. Las delegaciones se manifestaron a favor de ambas variantes y, tras deliberar, se convino en mantener en el texto las dos opciones como variantes, aunque suprimiendo los corchetes. Las modalidades de nombramiento de un único o un mismo representante de la insolvencia para distintas empresas de un grupo, por ejemplo, dictando una o varias órdenes, estarían en función del derecho interno.

Recomendación 27

101. Se sugirió que se enmendaran las palabras "un único", en el proyecto de recomendación 27, con el fin de ajustarlas a lo convenido en relación con el proyecto de recomendación 26.

102. Se sugirió que, dado que podría surgir más de un conflicto de intereses a la hora de nombrar un único o un mismo representante de la insolvencia, en la primera línea de la versión inglesa del proyecto de recomendación, se empleara el término "any" en sustitución de "a"*. En lo que respecta al comentario, se sugirió que se abordara la posibilidad de que surgiera un conflicto de intereses al presentar y verificar los créditos, así como la necesidad de nombrar un representante de la insolvencia encargado de varias empresas de un grupo con el fin de que llevara por separado la información sobre cada una de ellas (particularmente, cuando se consolidaran sus patrimonios). El Grupo de Trabajo aceptó esas propuestas.

Recomendaciones 28 y 29

103. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los proyectos de recomendación 28 y 29.

Recomendación 30

104. El Grupo de Trabajo aprobó el texto del proyecto de recomendación 30, a reserva de la sustitución, en la parte introductoria, de las palabras "procederá cooperar" por las palabras "debería cooperarse", a fin de destacar la importancia de la cooperación.

---

* En la versión española, la palabra "todo" hace innecesario el cambio.

Cuestiones de ámbito internacional

105. Se observó que podrían surgir dificultades a raíz de los problemas de competencia, concretamente cuando se tratara de nombrar un único o un mismo representante de la insolvencia para empresas situadas en distintos Estados. No obstante, se señaló también que cabría nombrar a un único o a un mismo representante de la insolvencia para actuar en procedimientos abiertos en distintos Estados, siempre y cuando dicho representante cumpliera los requisitos para ejercer tal función en cada uno de esos Estados y siempre que ese enfoque fuera conveniente para facilitar la cooperación.

9. Reorganización de dos o más empresas de un grupo

Cláusula de la finalidad

106. A fin de obviar toda objeción de que pudiera entenderse que el término "aprobación", tal como se empleaba en el apartado d), autorizaba que un plan único pudiera ser aprobado por alguna otra vía que no fuera su aceptación por los acreedores de toda empresa afectada, de conformidad con lo previsto en las recomendaciones de la Guía, el Grupo de Trabajo convino en que se sustituyera el término "aprobación" por "propuesta".

107. Suscitó inquietudes el empleo del término "único", así como el sentido que debería dársele. Se sostuvo que el objetivo esencial de la recomendación era el interés de que el plan de reorganización se coordinara, por lo que cabría asegurar la "unicidad" del plan por diversas vías. Ahora bien, como ya se ha dicho, la propuesta relativa al carácter único del plan no predeterminaba, en modo alguno, la forma en que se habría de aprobar dicho plan.

Recomendación 31

108. En vista de la conclusión a la que se llegó respecto de la cláusula de la finalidad, se convino en que se sustituyera el término "aprobación" por "propuesta". Se sugirió que se abordara el tema de la aprobación en el comentario, pero no en las recomendaciones.

Recomendación 32

109. Se observó que la participación de una empresa solvente del grupo, conforme a lo sugerido en el proyecto de recomendación 32, solo se produciría de forma voluntaria y a resultas de una decisión del órgano gestor de dicha empresa adoptada de conformidad con la ley aplicable. Si bien tal decisión podría afectar a los derechos de los acreedores y accionistas de la empresa solvente, dicha empresa debería quedar vinculada por el plan de reorganización, una vez aprobado. Si esa consecuencia pudiera quedar desvirtuada, debería suprimirse la frase final del proyecto de recomendación. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con esa propuesta, pero sugirió que se explicitara en el comentario toda cuestión pertinente que pudiera plantearse. Se sugirió además que se examinaran en el comentario las posibles formas de participación de una empresa solvente de un grupo con arreglo al proyecto de recomendación 32. Se sugirió además que el carácter voluntario de la participación se desprendía claramente del comentario, pero no del texto de la

recomendación. Se pidió a la Secretaría que preparara una revisión del proyecto de recomendación que reflejara mejor el carácter voluntario de la participación.

Cuestiones de ámbito internacional

110. Se observó que siempre y cuando todos los procedimientos abiertos en cada país fueran procedimientos de reorganización, todas las empresas de un grupo podrían proponer un mismo plan, a reserva de lo que dispusiera el derecho interno aplicable a cuestiones como, por ejemplo, el orden de prelación. El Grupo de Trabajo convino en que se examinara este punto en el comentario, al examinarse la función de los acuerdos de cooperación y coordinación transfronteriza.

10. Forma de presentación de la labor sobre los grupos de empresas

111. El Grupo de Trabajo convino en que las recomendaciones y el comentario sobre los grupos de empresas se publicaran como tercera parte de la Guía, numerando esas recomendaciones de forma consecutiva, a continuación de las demás recomendaciones de la Guía. Al adoptarse ese criterio para la presentación de ese material se pondría de relieve no solo que la labor realizada sobre los grupos de empresas complementaba y guardaba una estrecha relación con el tratamiento dado en la Guía a los deudores únicos, sino que además dicha labor formaba parte integrante de la orientación legislativa que facilitaba la CNUDMI con miras a la reforma del régimen de la insolvencia.

VI. Efectos de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual

112. El Grupo de Trabajo inició su examen de las cuestiones concernientes a los efectos de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual que le fueron remitidas por el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales), basándose en el texto de los párrafos 129 a 143 del documento A/CN.9/667, que recoge el informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor de su 14º período de sesiones.

113. A título preliminar, el Grupo de Trabajo agradeció que esas cuestiones relativas a la insolvencia le hubieran sido remitidas por el Grupo de Trabajo VI, así como la forma de plantearlas, observando que el carácter específico, y no genérico, de las cuestiones formuladas facilitaría la preparación de una respuesta concreta que resultara provechosa para la labor del Grupo de Trabajo VI. El Grupo de Trabajo V convino en que todas las cuestiones relativas a la insolvencia que se plantearan durante los debates del Grupo de Trabajo VI habrían de ser remitidas al Grupo de Trabajo V para que las examinara.

114. La primera de esas cuestiones era la del examen de las cuatro situaciones expuestas en el cuadro que figura al final del documento A/CN.9/667. En dichas situaciones se concretaban los efectos de las recomendaciones de la Guía sobre el trato otorgable a un contrato en supuestos en los que o bien el licenciante o bien el licenciatario fuera objeto de un procedimiento de insolvencia y en los que el licenciante o el licenciatario hubiera otorgado una garantía real constituida sobre sus derechos nacidos del contrato de licencia. En el cuadro se proponían respuestas a una serie de preguntas que cabía plantear en cada una de las cuatro situaciones. El

Grupo de Trabajo confirmó que las respuestas reflejaban adecuadamente los efectos jurídicos del régimen recomendado por la Guía sobre cada una de las cuestiones planteadas. Se observó, no obstante, que tales respuestas jurídicas podrían ser ventajosamente complementadas por diversas consideraciones prácticas. Por consiguiente, se sugirió que esas consideraciones se incluyeran en el comentario que se preparara acerca de las respuestas jurídicas que se daban.

115. La segunda cuestión era la que se planteaba en el párrafo 133 del documento A/CN.9/667 y que se refería a la posibilidad de que el licenciatario en un contrato impugnado por el representante de la insolvencia del licenciante estuviera facultado, con arreglo al derecho interno de algunos países, para proseguir su cumplimiento de dicho contrato pese a haber sido revocada la licencia. El Grupo de Trabajo resolvió que no estaba en condiciones de examinar adecuadamente esta cuestión sin conocer mejor la índole precisa y el alcance de las cuestiones planteadas y sin conocer el comentario propuesto por el Grupo de Trabajo VI. Se mencionó en particular el párrafo 134 de la segunda parte del capítulo II de la Guía que indicaba la diversidad de los enfoques adoptados en lo concerniente a la impugnación de un contrato. Para ayudarle en sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un documento de trabajo para su siguiente período de sesiones que facilitara los antecedentes acerca de las deliberaciones mantenidas durante la preparación de la Guía y de las recomendaciones ya aprobadas en lo concerniente al trato otorgable en estos casos a los contratos.

116. El Grupo de Trabajo llegó a esta misma conclusión respecto de la tercera cuestión mencionada en los párrafos 137 y 138 del documento A/CN.9/667, y pidió a la Secretaría que incluyera en el documento de trabajo que fuera a preparar información de antecedentes y material explicativo de la Guía, con miras a facilitar el examen de dichas propuestas.

117. A raíz de haber llegado a tales conclusiones, el Grupo de Trabajo tomó nota del programa de trabajo del Grupo de Trabajo VI, así como la necesidad de que las cuestiones mencionadas se examinaran lo antes posible.

B. Nota de la Secretaría sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 35º período de sesiones

(A/CN.9/WG.V/WP.82 y Add. 1 a 4) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Glosario	3
III.	Grupos de empresas: características generales	4-41
	A. Introducción	4-8
	B. Naturaleza de los grupos de empresas	9-17
	C. Razones para ejercer el comercio por conducto de grupos de empresas	18-27
	D. Definición de "grupo de empresas" – propiedad y control	28-32
	E. Reglamentación de los grupos de empresas	33-41

I. Introducción

1. La presente nota se basa en los textos que figuran en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.74 y Add.1 y 2; A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1 y 2; A/CN.9/WG.V/WP.78 y Add.1; A/CN.9/WG.V/WP.80 y Add.1; la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* (en adelante, la *Guía Legislativa*); la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, "la Ley Modelo"); y los informes del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 31º a 34º (A/CN.9/618, A/CN.9/622, A/CN.9/643 y A/CN.9/647, respectivamente). Se incluye una revisión de las recomendaciones examinadas por el Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 3 al 7 de marzo de 2008, conjuntamente con un proyecto de comentario preparado sobre la base de textos que figuran en anteriores documentos de trabajo y observaciones y sugerencias formuladas por el Grupo de Trabajo en sus períodos de sesiones anteriores.

2. El texto que figura a continuación, en que se abordan cuestiones específicas relativas al tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, constituiría la tercera parte de la *Guía Legislativa* y tiene la misma estructura que las dos partes anteriores, es decir, el examen de las cuestiones pertinentes seguido

de recomendaciones legislativas. De ser necesario aplicar un criterio diferente al adoptado en la *Guía Legislativa* con respecto a una cuestión en particular en el contexto de los grupos de empresas, o si el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia plantea otras cuestiones que no se han abordado en las dos primeras partes de la *Guía Legislativa*, esos aspectos se examinan en el presente texto. Si el tratamiento de las cuestiones en el contexto de los grupos de empresas fuera igual al incorporado en las dos primeras partes, no se reiterará en esta. Por consiguiente, las recomendaciones de las dos primeras partes de la *Guía* se aplicarán en el contexto de los grupos de empresas, a menos que se indique lo contrario en esta parte. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la forma de presentar este texto. Si pasara a ser la tercera parte de la *Guía Legislativa*, será necesario introducir los cambios correspondientes en las referencias y el formato. Por ejemplo, en lugar de hacer referencia a "la *Guía Legislativa*", cabría mencionar los párrafos y recomendaciones correspondientes de sus dos primeras partes.

II. Glosario

1. Notas sobre la terminología

3. Habida cuenta de que los términos pueden tener significados fundamentalmente diferentes en los diversos países, a continuación figuran explicaciones de otros términos con objeto de orientar al lector y ayudar a aclarar los conceptos examinados para que todos los comprendan. También deben consultarse las notas sobre la terminología y los términos y explicaciones que figuran en el glosario de la *Guía Legislativa*, ya que estos pueden ser pertinentes para las cuestiones que aquí se examinan.

2. Términos empleados y su explicación

a) "Grupo de empresas": el que está formado por dos o más empresas que se encuentren vinculadas entre sí por su capital o alguna forma de control;

b) "Empresa": toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica y que pueda estar regulada por el régimen de la insolvencia[1];

d) "Control": la capacidad de determinar, directa o indirectamente, las políticas operacional y financiera de una empresa;

e) "Coordinación procesal": administración coordinada de dos o más procedimientos de insolvencia abiertos contra diversos miembros de un grupo de empresas. Cada miembro sigue siendo una entidad separada y distinta, con su propio activo y pasivo[2];

---

[1] En consonancia con el criterio adoptado en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, la definición se concentra en el hecho de que la entidad realice alguna actividad económica y pertenezca a la clase de entidades conceptualizadas como "empresas". No abarca ni a los consumidores ni a otras entidades que no se rijan por el régimen de la insolvencia de un país conforme a lo previsto en las recomendaciones 8 y 9 de la *Guía Legislativa*.

[2] Véase el examen que figura *infra*, en los párrafos 18 a 21 del documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1.

f) Consolidación patrimonial: [la combinación del activo y el pasivo de dos o más miembros de un grupo de empresas a fin de crear una única masa de la insolvencia[3].]

III. Grupos de empresas: características generales

A. Introducción

4. En la mayoría de los ordenamientos jurídicos se reconoce la figura de la "sociedad", entidad a la que se confiere personalidad jurídica propia, distinta de las personas físicas que la componen, ya sea en calidad de propietarios, directivos o empleados. En su carácter de persona jurídica, una sociedad puede adquirir derechos y contraer obligaciones y responsabilidades, por ejemplo, la capacidad legal para litigar y ser objeto de litigio, para poseer y transmitir bienes, para celebrar contratos y para pagar impuestos. Otra de las características de una sociedad es su perpetuidad, en el sentido de que su existencia se mantiene en todo momento y se prolonga con el correr de los años, independientemente de quiénes la integren, y los accionistas pueden transferir sus acciones sin socavar el carácter de sociedad que tiene la entidad. Una sociedad también puede tener responsabilidad limitada, lo que supone que los inversionistas habrán de responder tan solo del capital que se hayan arriesgado a colocar en la sociedad, lo que ofrece seguridad y promueve la inversión. Sin esa limitación, los inversionistas arriesgarían la totalidad de sus bienes cada vez que participaran en una actividad empresarial de riesgo. Una sociedad debe someterse a ciertos procedimientos legales para obtener personalidad jurídica y, una vez constituida, habrá de regirse por las reglamentaciones aplicables a las entidades así constituidas. En general, en ese régimen no solo se determinarán los requisitos de constitución, sino también las consecuencias que trae aparejada la constitución de la personalidad jurídica, entre otras cosas, las facultades y competencias de la sociedad, los derechos y obligaciones de sus integrantes y el grado en que estos habrán de responder de las deudas de la sociedad. Así pues, la figura de la sociedad propicia la seguridad en la organización de la actividad mercantil, ya que quienes tengan trato con ese tipo de entidad saben que pueden confiar en su personalidad jurídica e invocar los derechos, deberes y obligaciones que esta entraña.

5. Es cada vez más frecuente que la actividad mercantil de las sociedades se ejerza, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, por conducto de "grupos de empresas". La expresión "grupo de empresas" abarca una gran variedad de formas de organización económica basadas en entidades jurídicas individuales. Por grupo de empresas se entiende, en sentido lato, dos o más empresas cuya vinculación consista en alguna forma de control (directo o indirecto) o de propiedad (véase más adelante). La dimensión y la complejidad de los grupos de empresas pueden no ser siempre evidentes, habida cuenta de que la imagen pública de muchos de ellos es la de una organización unitaria que funciona con una identidad empresarial única.

6. Los grupos de empresas existen desde hace tiempo; según los estudiosos, surgieron en algunos países a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX de

[3] En lo que respecta a los efectos de la consolidación patrimonial y el tratamiento de las garantías reales, véanse las recomendaciones 18 y 19.

resultas de un proceso interno de expansión por el cual las empresas empezaron a adquirir control de su propia capacidad financiera, técnica o comercial. Estas empresas, entidades individuales, se expandieron después hacia el exterior, adquiriendo el control jurídico o económico de otras sociedades. En un principio esas otras sociedades desarrollaban sus actividades en el mismo sector del mercado, pero con el tiempo la expansión afectó a sociedades de sectores afines y, posteriormente, de ramos distintos o sin vinculación alguna desde el punto de vista de los productos o del lugar en que se encontraran, o de las dos cosas. Uno de los factores que impulsaron la expansión, por lo menos en algunos países, fue la legitimación del derecho de propiedad de una sociedad con respecto a las acciones de otra, lo que originalmente estaba prohibido tanto en el *common law* como en los ordenamientos de inspiración romanista.

7. Durante todo el proceso de expansión las sociedades mantuvieron y siguen manteniendo su personalidad jurídica propia, aun cuando en la actualidad es probable que las pequeñas empresas privadas sean las únicas sociedades típicamente organizadas como empresas independientes. En el mundo de hoy los grupos de empresas están omnipresentes, tanto en los mercados desarrollados como en los incipientes, y realizan operaciones con características comunes en un gran número de sectores que con frecuencia no son afines; algunas veces pertenecen a una familia y combinan esa forma de propiedad con distintos grados de participación de inversionistas externos. Las principales entidades económicas del mundo no solo son Estados, sino también un número equivalente de empresas multinacionales. Los grupos multinacionales más importantes tal vez constituyen porcentajes considerables del producto nacional bruto de todo el mundo y sus tasas de crecimiento anual y su volumen de operaciones sobrepasan los de muchos Estados.

8. Pese a que los grupos de empresas constituyen una realidad económica actual, una gran parte de la legislación relativa a las sociedades mercantiles y, en particular, a la forma en que se regulan en la insolvencia, se concentra en la figura de la entidad jurídica. Pese a la carencia de legislación, los magistrados de muchos países, al enfrentarse a cuestiones que pueden dirimirse mejor por referencia a la empresa única que a la entidad jurídica única, han hallado soluciones más acordes con la realidad económica del mundo empresarial moderno.

B. Naturaleza de los grupos de empresas

9. La estructura de los grupos de empresas puede ser sencilla o sumamente compleja; puede constar, por ejemplo, de muchas filiales de propiedad total o parcial, filiales operativas, subfiliales, sociedades secundarias de cartera, empresas de servicios o empresas inactivas y entrañar el ejercicio simultáneo de cargos en distintas juntas directivas y diferentes formas de participación en el capital social. También puede consistir en el tipo de estructuras denominadas entidades para fines especiales[4], empresas conjuntas[5], sociedades extraterritoriales[6] y consorcios.

10. La estructura de los grupos de empresas puede ser jerárquica o vertical y consistir en sucesivos niveles de sociedades matrices y empresas controladas, que podrán ser filiales u otro tipo de empresas afiliadas o conexas, todas ellas funcionando en distintas etapas de un proceso de producción o de distribución.

---

[4] Las entidades para fines especiales (denominadas también "vehículos para fines especiales" o "entidades con riesgo remoto de quiebra") se crean con objeto de alcanzar objetivos especiales o temporales, por ejemplo, la adquisición y financiación de determinados bienes, y tienen por finalidad principal circunscribir el riesgo financiero o aprovechar las posibilidades de desgravación fiscal. Una entidad para fines especiales suele ser una filial que pertenezca en su totalidad a la sociedad matriz, aunque en ciertos países se exige que otro inversionista posea como mínimo un 3% del capital. Debido a la estructura de su activo y pasivo y a su condición de persona jurídica independiente, por lo general sus obligaciones son seguras, aun en caso de insolvencia de la sociedad matriz. La sociedad que crea tal entidad puede lograr sus objetivos sin hacer constar en su propio balance general ninguna de las partidas de activo ni de pasivo correspondientes a las operaciones de la entidad; de ahí que se hable de "partidas no consignadas en el balance general". Estas entidades también pueden utilizarse por razones de competitividad para asegurarse, por ejemplo, de que los derechos de propiedad intelectual para desarrollar nueva tecnología estén en manos de una entidad independiente que no tenga la obligación de acatar los acuerdos de licencia preexistentes.

[5] Una empresa conjunta suele ser un arreglo contractual o consorcio entre dos o más partes que desean perseguir de consuno un objetivo comercial. Un arreglo de esa índole a veces puede dar lugar a la creación de una o más personas jurídicas en que los socios aporten capital y compartan los beneficios, los gastos y el control del consorcio. La empresa conjunta puede entrañar únicamente la ejecución de un proyecto en especial o constituir una relación permanente. Las empresas conjuntas son muy comunes en el ámbito internacional, habida cuenta de que algunos países exigen a las empresas extranjeras que formen una empresa conjunta con una sociedad del país para tener acceso al mercado interno. Es frecuente que este requisito dé lugar a que el control de la tecnología y de la gestión pasen a manos de la empresa nacional. La formación de una empresa conjunta puede contribuir a repartir gastos y riesgos, a facilitar el acceso a recursos financieros, a crear economías de escala y las ventajas propias de las dimensiones de la empresa y a posibilitar el acceso a tecnologías modernas, a nuevos clientes o a prácticas de dirección innovadoras. Puede ser útil también para lograr objetivos de competitividad y objetivos estratégicos como los de influir en la evolución estructural de una industria, anticiparse a los competidores, crear unidades competitivas más sólidas y facilitar la transferencia de conocimientos y tecnología y la diversificación de la actividad comercial.

[6] Por sociedad extraterritorial se entiende una empresa común y corriente que se constituye con arreglo a las leyes de un ordenamiento jurídico extranjero. Es similar por su naturaleza y efecto jurídico a la sociedad establecida conforme a las leyes de su propio país en que se transmiten bienes a un fideicomisario a fin de que los administre en beneficio de una persona o una categoría de personas. La creación de este tipo de entidades suele obedecer a razones tributarias o de protección de bienes. La eficacia de tal sociedad podrá verse limitada en la práctica si el régimen de la insolvencia del país de la persona que haya transmitido los bienes dispone la anulación de los actos de transmisión a esas sociedades y de las operaciones que se hayan efectuado para defraudar a los acreedores.

También es posible que la estructura sea más horizontal y esté constituida por muchos grupos de empresas del mismo rango que suelen estar ligadas por complejos esquemas de propiedad entrecruzada y que funcionan en el mismo nivel del proceso. Pueden desarrollar su actividad mercantil en un sector económico afín o en una variedad de sectores diferentes. Se ha señalado que los grupos con estructura horizontal son más corrientes en algunas partes del mundo, como Europa, en tanto que los grupos con estructura vertical suelen predominar en otras, como los Estados Unidos de América y el Japón.

11. De los trabajos de investigación en la materia se desprende claramente que la vinculación de los grupos mercantiles puede adquirir formas variadas, como la alianza entre entidades bancarias, los cargos interconectados en distintas juntas directivas, las alianzas de propietarios, el intercambio de información, las empresas conjuntas y los carteles. La investigación muestra, asimismo, que la estructura de los grupos de empresas varía según el régimen de gestión de empresas imperante. En algunos Estados se organizan de forma vertical u horizontal y abarcan distintos sectores industriales. Suelen constar de un banco, una sociedad de cartera o financiera[7] (denominada "sociedad matriz") o una empresa mercantil y un grupo diverso de empresas fabricantes. En otros Estados, en cambio, los grupos suelen estar bajo el control de una sola familia o de unas pocas familias, con una organización invariablemente vertical, o pueden tener fuertes lazos con el Estado y no con determinadas familias.

12. El grado de autonomía financiera y decisoria de los grupos de empresas puede variar considerablemente. En algunos, sus integrantes pueden ser entidades comerciales activas que determinan sus propios objetivos y actividades comerciales y administran sus finanzas. En otros, las decisiones estratégicas y presupuestarias pueden estar centralizadas y los miembros del grupo funcionan como si fueran divisiones operativas de una organización mercantil más grande, con pocas posibilidades de ejercer facultades discrecionales en el seno de la unidad económica aglutinante. Una sociedad matriz puede ejercer un control estricto merced a una operación centralizada de asignación del capital social y del crédito mediante una gestión central de las finanzas del grupo, la decisión de las políticas financieras y de explotación, la fijación de objetivos de rendimiento, la selección de directivos y de otro personal clave y la supervisión constante de las actividades de las demás empresas. El poder del grupo puede estar centralizado en la suprema sociedad matriz o en una empresa de menor jerarquía y, en este caso, la sociedad matriz poseerá las acciones societarias clave, si bien no ejercerá una función directa en los ámbitos de la producción, la dirección y la gestión. Los grupos más grandes podrían tener sus propios bancos y funcionar como un mercado de capitales. La financiación societaria podría entrañar el otorgamiento interno de préstamos recíprocos entre la sociedad matriz y las filiales, así como de contragarantías[8]. Los préstamos internos

[7] Se denomina sociedad de cartera o sociedad matriz a una empresa que directa o indirectamente posee en otra empresa un número suficiente de acciones con derecho a voto como para controlar la dirección y actividad mercantil de esta última influyendo en su junta directiva o eligiendo a los miembros de esta. La expresión puede denotar una sociedad que por sí misma no produce mercancías ni presta servicios, pero cuya finalidad es poseer acciones de otras empresas (o hacerse con la propiedad plena de otras empresas).

[8] En muchos países, un método importante para obtener capital al que suelen recurrir los grupos de empresas es la financiación mediante contragarantías, por la cual cada empresa constitutiva

podrían consistir en capital de explotación o deuda a corto plazo pendiente, por ejemplo, dividendos no pagados o crédito vinculado a operaciones entre empresas del grupo, y pueden entrañar o no el pago de intereses.

13. En algunos Estados los lazos de parentesco representan un factor de conexión importante en los grupos de empresas; puede ocurrir, por ejemplo, que los miembros más importantes de la familia y sus estrechos colaboradores pertenezcan a la junta directiva de la sociedad matriz y que los directivos de esta ocupen cargos en las juntas directivas de las demás empresas del grupo, creándose así un denso tejido de cargos directivos ejercidos por las mismas personas, gracias al cual la familia mantiene el control del grupo. Por ejemplo, el organigrama de un grupo grande de la India muestra una intrincada red de cargos directivos entre el directorio de la sociedad matriz y otros 45 miembros del grupo.

14. En algunos países los grupos de empresas se han relacionado estrechamente con los poderes públicos y sus políticas, entre ellas las que determinan el acceso al crédito y a las divisas y la competencia extranjera, lo que ha influido considerablemente en el desarrollo de los grupos. Al mismo tiempo, cabe citar ciertas políticas públicas que han tenido como finalidad encauzar el funcionamiento de los grupos de empresas, para lo que han recurrido a retirarles cierto tipo de trato preferente, como el acceso a capital.

15. La estructura de muchos grupos de empresas muestra las dimensiones y la complejidad de las relaciones que pueden establecerse entre las empresas. De una encuesta realizada en Australia en 1997 sobre las 500 principales empresas que cotizaban en bolsa se desprendió que el 89% de ellas controlaba a otras empresas; cuanto más alta era la capitalización bursátil de una empresa, más empresas controlaba (las cifras iban de un promedio de 72 empresas controladas por sociedades con la capitalización bursátil más alta a un promedio de 9 controladas por las de capitalización más baja); el 90% de las empresas controladas era de propiedad total; el número de estratos de filiales de un grupo de empresas con estructura vertical oscilaba entre 1 y 11 y el promedio general iba de 3 a 4[9]. En otros países las cifras son mucho más altas. Al hacer un estudio basado en las cuentas e informes de 1979 de varias grandes empresas multinacionales con sede en el Reino Unido hubo que abandonar la parte correspondiente a dos de los grupos más grandes, que contaban con 1.200 y 800 filiales, respectivamente, ante la imposibilidad de concluir el análisis. Los investigadores observaron que muy pocas personas del grupo podían discernir las relaciones jurídicas precisas que vinculaban a todas las

---

del grupo responde del cumplimiento de las obligaciones de las demás. En algunos países ha resultado difícil hacer efectivas las contragarantías en los procedimientos de liquidación y, en algún caso, se han anulado. En un país, las contragarantías pueden servir de mecanismo para atenuar la carga reglamentaria a que están sujetas las empresas, ya que, por ejemplo, se reducen los requisitos contables y de auditoría de las empresas que suscriban contragarantías. La escritura de contragarantía convierte al grupo de empresas que son parte en ella, en muchos sentidos, en una entidad jurídica única y las contragarantías vienen a representar una forma de aportación o mancomunación voluntaria de fondos en caso de que una o más de las empresas parte pasen a ser objeto de un procedimiento de liquidación mientras la contragarantía siga en vigor. Una ventaja de ese mecanismo es que los acreedores y posibles acreedores podrán remitirse al balance unificado de las entidades constitutivas, en vez de consultar los estados financieros de cada filial de propiedad total que haya suscrito una contragarantía.

[9] Citado en *Companies and Securities Advisory Committee (CASAC), Corporate Groups Final Report*, 2000, Australia, párr. 1.2.

empresas integrantes y que ninguno de los grupos estudiados parecía disponer de un organigrama propio completo. De forma análoga, los organigramas de varios grupos inmobiliarios de Hong Kong, como Carrian, que quebró hace más de 20 años, ocupaban varias páginas, y un lector habría necesitado una buena lupa para hallar el nombre de las filiales. Otro caso es el del grupo Federal Mogul, proveedor de componentes de automóviles, cuyo organigrama, si se agrandara para poder leer el nombre de todas sus filiales, cubriría toda una pared de una pequeña oficina. El organigrama del grupo Collins and Aikman, también del sector del automóvil, es un libro, y los distintos estratos de los subgrupos que lo integran tienen la complejidad de estructura propia de muchos grupos de empresas nacionales.

16. El grado de integración de un grupo podría estar determinado por varios factores, entre los que figurarían su organización económica (por ejemplo, si la estructura administrativa está centralizada o si los distintos integrantes gozan de independencia, si la financiación o las garantías de los préstamos de las filiales dependen del grupo, si la gestión de los recursos humanos es o no centralizada, el grado en que la sociedad matriz decide cuestiones fundamentales como la orientación de las políticas, las operaciones y el presupuesto de las demás y hasta qué punto el grupo mercantil está integrado vertical u horizontalmente); el funcionamiento de la mercadotecnia en el seno del grupo (por ejemplo, la importancia de las compraventas entre empresas del grupo, la utilización de marcas registradas, logotipos y programas publicitarios comunes y el suministro de garantías para sus productos), y la imagen pública del grupo (por ejemplo, en qué medida se presenta como empresa única y hasta qué punto la actividad mercantil de las empresas constitutivas se describe como propia del grupo en los informes externos, entre ellos los destinados a los accionistas, a los órganos de reglamentación y a los inversionistas).

17. La estructura legal de un grupo consistente en varias personas jurídicas distintas no determina forzosamente la forma de dirigir y administrar el grupo. Si bien cada integrante es una entidad independiente, la dirección puede organizarse en función de las divisiones correspondientes a las líneas de productos y, como las filiales pueden tener una o muchas líneas de productos, pueden formar parte de varias divisiones. En algunos casos ocurre que los órganos directivos de la sociedad matriz tratan a las filiales que son de su entera propiedad como si fueran sucursales suyas.

C. Razones para ejercer el comercio por conducto de grupos de empresas

18. Diversos factores, que van de lo jurídico y económico a lo social, cultural e institucional y a normativas de otra índole, determinan la constitución, el funcionamiento y la evolución de los grupos de empresas. La autoridad de los poderes públicos, las costumbres sucesorias, las estructuras de parentesco (incluso consideraciones intergeneracionales), la identidad étnica y la ideología nacional, así como el grado de evolución del marco jurídico (por ejemplo, la eficacia en el cumplimiento de contratos) y el marco institucional que respaldan la actividad comercial pueden influir en la situación de los grupos de empresas en distintos entornos. En algunos estudios se sostiene que las estructuras de los grupos

mercantiles tal vez compensen el subdesarrollo de las instituciones y redunden así en la disminución de los costos de las operaciones.

19. La actividad mercantil realizada al amparo de la estructura de un grupo de empresas tiene ventajas, ya que puede contribuir a reducir el riesgo comercial o a lograr los máximos beneficios financieros al permitir que el grupo diversifique y divida sus actividades comerciales en diversos tipos de empresas, cada una gestionada por una sociedad distinta del grupo. Una sociedad puede adquirir otra para expandirse y lograr más poder en el mercado, aunque al mismo tiempo conserve la empresa adquirida y la deje funcionar como entidad separada para beneficiarse de su nombre comercial, su clientela y su imagen pública. La expansión puede tener por objeto adquirir nuevos conocimientos técnicos o de gestión. Es posible que, una vez constituidos, los grupos subsistan y se multipliquen debido a los gastos administrativos que entrañaría racionalizar o liquidar filiales superfluas.

20. Gracias a su estructura, un grupo puede atraer capital e invertirlo tan solo en una parte de su actividad comercial sin por ello perder el control general, si, por ejemplo, constituye esa parte en una filial independiente y permite a los inversionistas externos que adquieran en ella una participación minoritaria. Una estructura de grupo puede permitir reducir los riesgos de responsabilidad jurídica limitando los altos riesgos de responsabilidad, como los que pudieran dimanar de cuestiones ambientales y de consumo, a determinadas empresas del grupo, y evitando así que el resto de los bienes del grupo se vean afectados por esa posible responsabilidad. Puede darse una garantía más eficaz en respaldo de una deuda o un proyecto de financiación si se traspasan determinados bienes a otro miembro que se haya constituido expresamente para ese fin, con lo cual el prestamista gozará de máxima prelación sobre la totalidad o la mayoría de los bienes de la nueva empresa. También puede constituirse otro miembro del grupo para llevar a cabo un proyecto determinado y obtener más financiación imponiendo cargas sobre sus propios bienes y su actividad mercantil, o para explotar una licencia o concesión oficial. La estructura de grupo puede simplificar la venta parcial de una entidad, ya que puede ser más sencillo, y a veces más conveniente a efectos fiscales, traspasar al comprador las acciones de una empresa del grupo, en vez de vender bienes sueltos. Un grupo puede constituirse también de manera incidental cuando una empresa adquiere otra empresa, que, a su vez, es la sociedad matriz de otras empresas.

21. El cumplimiento de reglamentaciones prudenciales o de otros requisitos legislativos se simplifica cuando las sociedades que han de observarlos son integrantes independientes de un grupo. En el caso de los grupos multinacionales, el derecho interno de determinados países en los que el grupo desee ejercer su actividad mercantil puede exigir que esta se lleve a cabo por conducto de filiales independientes (a veces con un requisito mínimo de capital social de origen nacional) o imponer otros requisitos o restricciones, por ejemplo, en lo tocante a los reglamentos laborales y de empleo. Como medio de expansión en el extranjero se han utilizado mecanismos que no requieren aportaciones de capital social, a causa, por ejemplo, de leyes internas que dificultan la participación en el capital social, del grado de reglamentación impuesto a la inversión extranjera y de las relativas ventajas económicas que reportan esos mecanismos. Los imperativos geográficos constituyen otro factor importante para los grupos multinacionales, concretamente la necesidad de adquirir materia prima o de vender productos por conducto de una filial radicada en determinado lugar. Una consideración afín de creciente

importancia que tal vez guarde más relación con el lugar en que se hallen algunas de las partes de la estructura de grupo que con la cuestión de organizar o no una actividad mercantil con estructura de grupo es la importancia de las leyes nacionales que regulan, por ejemplo, cuestiones como la simplicidad de los mecanismos de constitución y los gastos que entrañan las obligaciones dimanantes de la constitución de una persona jurídica y el régimen aplicable a los grupos de empresas en un procedimiento de insolvencia. Las diferentes legislaciones de los distintos países pueden complicar considerablemente todas esas cuestiones.

22. Otros factores clave que complican las estructuras de grupo son las consideraciones fiscales y su repercusión en la circulación de dinero dentro de los grupos. Se suele invocar la incidencia fiscal como razón de la formación y el crecimiento subsiguiente de los grupos y, tradicionalmente, en muchos ordenamientos jurídicos se ha venido dando importancia a la unidad económica de entidades conexas. Si bien el principio básico podría ser la imposición tributaria separada de cada entidad, de hecho tal vez se persigan otras finalidades esenciales, como proteger los ingresos fiscales de los gobiernos y aligerar la carga fiscal que de otro modo se crearía si cada empresa del grupo tuviera que pagar impuestos por separado[10]. Entre las medidas en que se tienen en cuenta los vínculos entre la sociedad matriz y las filiales cabe mencionar las exoneraciones de impuestos a los dividendos entre empresas del grupo, la desgravación de que goza el grupo y las disposiciones encaminadas a combatir la evasión fiscal. Se aplican exoneraciones de impuestos, por ejemplo, a los dividendos que una empresa reparte entre los accionistas residentes y a los dividendos entre empresas del grupo con fuertes vínculos de propiedad común. Pueden autorizarse deducciones fiscales en el caso de los impuestos pagados en el extranjero en concepto de beneficios de la filial y de los impuestos extranjeros con que se grava directamente un dividendo. El grupo podría beneficiarse de una desgravación conjunta cuando las empresas conexas pudieran tratarse como una unidad fiscal indivisible y presentaran cuentas unificadas. Las pérdidas de una filial pueden compensarse con los ingresos de otra o las pérdidas y ganancias pueden compensarse mutuamente entre los socios del grupo.

23. Como consecuencia de la importancia de las consideraciones de orden fiscal, las políticas de fijación de precios entre empresas del grupo y las tasas y políticas impositivas nacionales suelen determinar la distribución de las partidas de activo y de pasivo en el seno de un grupo de empresas. Las diferencias entre las tasas impositivas aplicables a los grupos mercantiles en distintos países, así como ciertas excepciones que se ofrecen en algunos países (por ejemplo, la reducción de tasas impositivas sobre las ganancias obtenidas del sector industrial o sobre los ingresos devengados en concepto de servicios financieros), pueden hacer que las perspectivas en esos ordenamientos resulten más atractivas que en otros que tengan un sistema impositivo más severo y ofrezcan menos excepciones o ninguna. De todos modos, el fisco podrá tener derecho a revisar las estructuras de precios de transferencia interna encaminadas a orientar las ganancias hacia domicilios de bajo nivel impositivo.

24. Cabe la posibilidad de que la decisión de establecer una sucursal o una filial también obedezca a razones fiscales cuando, por ejemplo, la repatriación de las ganancias de una filial extranjera esté exonerada de impuestos por tratarse del

[10] *International Investment and Multinational Enterprises - Responsibility of parent companies and their subsidiaries*, OCDE, 1979.

reembolso de un préstamo a la sociedad matriz o cuando esta última tenga un porcentaje determinado (entre el 5% y el 20%) del capital social de la empresa extranjera; cuando los intereses sobre un crédito tomado para sufragar la adquisición de una filial puedan compensarse con sus ganancias y, como ya se señalado, cuando las pérdidas y ganancias de las filiales puedan compensarse mutuamente en una declaración de impuestos unificada. La actividad mercantil también puede dividirse entre dos o más sociedades para aprovechar la desgravación fiscal, las cifras tope de desgravación fijadas o las tasas tributarias progresivas. Otras razones que cabe mencionar son las siguientes: aprovechar las ventajas emanadas de las diferencias entre los métodos contables, el ejercicio fiscal, los métodos de amortización, los métodos de valoración de existencias y las deducciones por impuestos pagados en el exterior; disociar actividades mercantiles que, de realizarse juntas en una única entidad gravable, podrían entrañar perjuicios fiscales, y aprovechar el tratamiento favorable dado a ciertas actividades (por ejemplo, ventas anticipadas o posibles fusiones, liquidaciones o regalos o legados entre miembros de una familia), que es aplicable a algunas operaciones pero no a otras.

25. Los requisitos contables también determinan el tipo de estructura de los grupos de empresas. En algunos países podrían crearse ciertos mecanismos, como el de la filial representante, para administrar determinados aspectos de una actividad mercantil y para evitar que la sociedad matriz tenga que presentar cuentas comerciales muy detalladas en relación con ese tipo de filial, que es únicamente un representante de la sociedad matriz, a la que pertenecen todos los bienes correspondientes.

26. Muchas de estas ventajas de ejercer una actividad mercantil por medio de un grupo de empresas pueden ser ilusorias. Es posible que la protección contra pérdidas devastadoras no se haga realidad ante los acuerdos financieros entre las empresas del grupo, los negocios que hagan entre ellas y las contragarantías que se otorguen entre sí, así como las cartas de seguridades[11] entregadas a los auditores del grupo y la tendencia de los principales acreedores y, en particular, de los bancos, a asegurarse de que la sociedad de más jerarquía del grupo los resarcirá.

27. Para que no quepa duda, cabe señalar que en la práctica contable no se requieren estructuras de grupo de empresas: a los contadores les da lo mismo unificar balances de sucursales que los de un conjunto de filiales. Parece probable que en los ámbitos bancario, comercial y jurídico no siempre se aprecian debidamente los aspectos contables de los grupos de empresas. El riesgo de malentendidos aumentará en el período de transición hasta llegar a la nueva normativa internacional de presentación de informes financieros, cuando muchos grupos de empresas pasen de presentar sus balances unificados conforme a un criterio que hace hincapié en el fondo de las operaciones, a presentarlos conforme a otro criterio en el que la forma jurídica ha de predominar sobre el fondo. Fueron las

[11] Las “cartas de seguridades” suelen ser enviadas por una sociedad matriz con el fin de persuadir a otra entidad para que concierte una operación con una filial. Pueden comprender distintos tipos de compromisos, ninguno de los cuales llegaría a constituir una garantía, a saber, la promesa de mantener su paquete de acciones en una filial o algún otro tipo de compromiso financiero con ella contraído; ejercer su influencia para que la filial cumpla la obligación contraída en virtud de un contrato principal, o confirmar que tiene constancia de la existencia de un contrato con la filial, pero sin indicar expresamente que asumirá responsabilidad alguna por la obligación principal.

estructuras contables con partidas no consignadas en el balance general que posibilitaron las quiebras de Enron, WorldCom y otras; de ahí que hoy haya consenso en cuanto a exigir claridad en la presentación de los estados financieros.

D. Definición de "grupo de empresas" – propiedad y control

28. Si bien la existencia de grupos de empresas y la importancia de las relaciones entre sus integrantes se reconocen cada vez más, tanto en la legislación como en las resoluciones judiciales, no existe ningún cuerpo de normas que rijan directamente esas relaciones en su totalidad. En algunos países en que los grupos de empresas están reconocidos en la legislación, no hay leyes de índole comercial o empresarial que regulen explícitamente su funcionamiento, sino que más bien aparecen en disposiciones de otras leyes que rigen los impuestos, la contabilidad empresarial, la competencia, las fusiones y cuestiones de otra índole. Es muy raro encontrar legislación que aborde el régimen aplicable a los grupos de empresas en un procedimiento de insolvencia. Además, al comparar las leyes en que sí se regulan algunos aspectos del grupo de empresas, se observa que las cuestiones se abordan con criterios dispares no solo en los diferentes países, sino también en las diversas leyes de un mismo país. Así pues, el término "grupo" pude denotar realidades distintas a efectos diferentes, aunque puede haber elementos comunes; cuando se utiliza un concepto particular para definirlo, como el de "control", por ejemplo, el concepto se define en sentido más lato o más restringido, como ya se señaló, según la finalidad de la legislación.

29. Si bien en la mayoría de las leyes se evita precisar lo que se entiende por "grupo de empresas", se recurre a varios conceptos comunes para establecer cuáles serán las relaciones entre las entidades constitutivas que bastarán para configurarlas como grupo con fines específicos, como la extensión de la responsabilidad, los fines contables, la fiscalidad y demás. Esos conceptos comunes se encuentran en la legislación y en muchas decisiones judiciales relacionadas con los grupos de empresas en diversos países y suelen comprender aspectos como la propiedad y el control o la influencia que se ejercen tanto directa como indirectamente, aunque en algunos ejemplos se considera únicamente el ejercicio directo de la propiedad o del control o la influencia. La elección entre los dos conceptos suele reflejar la búsqueda de un término medio entre la seguridad que entraña establecer el criterio de la propiedad y la flexibilidad que se puede lograr remitiéndose al criterio del control y reconociendo las diversas realidades económicas que entrañan los grupos de empresas.

30. En algunos casos la propiedad se define por referencia a una relación formalizada entre las empresas, como la que existe entre una sociedad matriz y sus filiales. A su vez, esa relación viene determinada por un criterio de forma, consistente en la titularidad directa o indirecta de un porcentaje concreto de capital social o de derechos de voto. Esos porcentajes oscilan entre una participación de solo un 5% hasta más del 80%. En los ejemplos en que se fijan porcentajes más bajos se suelen sumar otros factores, como los que se examinan más adelante con respecto al control. En algunos ejemplos, los porcentajes sirven de presunción rebatible de la propiedad; los porcentajes más altos, en cambio, establecen una presunción absoluta.

31. En otros ejemplos de lo que constituye la figura del grupo de empresas se emplea un criterio más funcional, centrado en la caracterización del control jurídico-económico, o dominio o influencia decisiva (denominado "control" en la presente nota), término que por otra parte suele definirse. El concepto radica principalmente en el control efectivo o la capacidad de controlar, directa o indirectamente, la política financiera y de operaciones y el proceso de adopción de decisiones del grupo. Cuando en la definición se menciona la capacidad de control se hace referencia al potencial pasivo de control, más que a un control efectivamente ejercido. El control puede obtenerse por la propiedad de bienes o mediante la adquisición de derechos o la concertación de contratos que confieran a la parte dominante la capacidad de control. Lo que realmente cuenta no es tanto la forma jurídica estricta de la relación entre las entidades, por ejemplo, la relación entre la sociedad matriz y las filiales, sino la esencia de esa relación.

32. Entre los factores indicativos de que una entidad controla a otra cabe destacar: la capacidad de dominar la composición de la junta directiva o del consejo de administración de la segunda entidad; la facultad de nombrar o de destituir a todos o a la mayoría de los directivos o miembros del consejo de administración de la segunda entidad; la posibilidad de controlar la mayoría de los votos emitidos en una reunión de la junta o consejo de la segunda entidad, y la posibilidad de emitir la mayoría de los votos en una junta general de accionistas de la segunda entidad, o de regular su emisión, independientemente de que esa posibilidad emane de la titularidad de acciones o de opciones sobre acciones. La información sobre el miembro del grupo que puede ser pertinente al analizar todos estos factores puede ser: su acta constitutiva, su participación en el capital social, sus decisiones estratégicas sustantivas, sus acuerdos internos y externos en materia de gestión y dirección, los detalles de sus cuentas bancarias y su administración, así como de los firmantes autorizados, y la información sobre sus empleados.

E. Reglamentación de los grupos de empresas

33. Para regular los grupos de empresas por lo general se aplican dos criterios (o, en algunos casos, una combinación de ambos): el de entidad jurídica independiente (criterio tradicional y, con mucho, el predominante) y el de empresa única.

34. El criterio de entidad jurídica independiente está basado en varios principios fundamentales, de los cuales el más importante es el de la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo. También se basa en la responsabilidad limitada de los accionistas de cada empresa del grupo y en los deberes de los directivos de cada entidad independiente constitutiva del grupo para con esa entidad.

35. El concepto de personalidad jurídica propia por lo general supone que una sociedad tiene sus propios derechos y deberes, independientemente de quién la controle o sea su propietario (es decir, de que sea de propiedad total o parcial de otra empresa) y de su participación en las actividades del grupo. Las deudas que contrae son propias y por lo general no pueden saldarse con cargo a los bienes del grupo. Los contratos que celebre con personas ajenas al grupo no atañen automáticamente a la sociedad matriz ni a otros miembros del grupo. La sociedad matriz no puede tener en cuenta las ganancias no repartidas de otras empresas

integrantes del grupo al calcular sus propias ganancias. Por responsabilidad limitada de una sociedad se entiende que, a diferencia de lo que sucede en una asociación o sociedad unipersonal, las deudas y obligaciones del grupo no recaen en sus miembros, con lo cual las pérdidas que estos pudieren sufrir no podrán superar el capital que hayan aportado a la sociedad al comprar acciones.

36. El criterio de empresa única se centra, en cambio, en la integración económica de las empresas de un grupo; se concibe al grupo como unidad económica única que desarrolla su actividad mercantil con miras a favorecer los intereses del conjunto, o los del cuerpo empresarial dominante, y no los de cada uno de sus integrantes. Las operaciones de préstamo afectan a todas las empresas constitutivas y se utilizan los mecanismos de tesorería del grupo para compensar los balances acreedores y deudores de cada una de ellas; se puede permitir que, como parte de la estructura y estrategia financiera global del grupo, las empresas integrantes operen con déficit o estén infracapitalizadas; las partidas de activo y de pasivo pueden desplazarse de diversas maneras entre las empresas del grupo y es posible otorgar préstamos o garantías o concertar algún otro tipo de arreglo financiero entre las empresas del grupo en condiciones esencialmente preferentes.

37. Si bien en muchos países se aplica el criterio de entidad jurídica independiente, en algunos se hacen excepciones a la aplicación estricta de ese criterio y en otros se ha introducido, por vía legislativa o judicial, el criterio de empresa única, que se aplica en determinadas situaciones.

38. Algunas de las circunstancias en que no se aplica de forma estricta el criterio de entidad jurídica independiente pueden ser: la unificación de las cuentas de una de las empresas del grupo y de toda entidad controlada; las operaciones con empresas conexas (se prohíbe a toda empresa pública otorgar a una empresa conexa todo tipo de beneficios financieros consistentes, por ejemplo, en préstamos, garantías e indemnizaciones internos, la condonación de deudas o la transmisión de bienes, salvo que los accionistas hayan aprobado la operación o que se haya dispensado a aquella de algún otro modo de la prohibición); las participaciones cruzadas en el capital social (por lo general se prohíbe a los miembros del grupo adquirir las acciones de un miembro dominante o constituir garantía sobre ellas, o emitir acciones destinadas a una empresa controlada o traspasárselas) y el ejercicio de la actividad mercantil en situación de insolvencia (la sociedad matriz, que debería sospechar una eventual situación de insolvencia de una filial, podrá ser declarada responsable de las deudas que esa filial haya contraído siendo insolvente).

39. Unos pocos países han establecido distintas categorías de grupos de empresas que pueden actuar como empresa única a cambio de otorgar mayor protección a los acreedores y a los accionistas minoritarios. En uno de ellos los grupos de empresas en que intervienen empresas públicas se dividen en tres categorías según su estructura: a) los grupos integrados; b) los grupos constituidos por vía contractual; y c) los grupos *de facto*; a todos ellos se aplica un conjunto de principios armonizados concernientes a la gestión y la responsabilidad empresarial.

a) Grupos integrados. La integración completa de la filial se produce cuando es aprobada por un determinado porcentaje del voto de los accionistas de la sociedad matriz, a la que corresponde una determinada participación en las acciones de la filial. La sociedad matriz, a cambio de asumir la responsabilidad mancomunada y

solidaria por las deudas y obligaciones de la filial, tendrá un poder ilimitado para dirigirla;

b) Grupos constituidos por vía contractual. Pueden ser constituidos por una determinada proporción de accionistas de cada una de las dos empresas que celebren un contrato con miras a otorgar a una de ellas (la sociedad matriz) el derecho a dirigir la otra, siempre y cuando esa gestión sea acorde con los intereses de la sociedad matriz o del grupo en su conjunto. A cambio de otorgar a la sociedad matriz el derecho de control, los acreedores y los accionistas minoritarios reciben más protección;

c) Grupos *de facto*. Esos grupos se gestan cuando una empresa de un grupo ejerce, directa o indirectamente, una influencia dominante sobre otra empresa. Aunque la relación no se formaliza, se supone que la sociedad matriz intervendrá sistemáticamente en los asuntos de la empresa controlada.

40. En otro país en el que el concepto de empresa única se ha introducido en la legislación sobre sociedades mercantiles se prevé que los directivos de las filiales de propiedad total o parcial de la sociedad matriz puedan promover los intereses de esta, en vez de los de la filial; existen regímenes que regulan los procedimientos de fusión de grupos, así como leyes que también prevén mandamientos de aportación y mancomunación.

41. En otro país, la legislación que regula la actividad mercantil de los grupos de empresas utiliza cada vez más el concepto de empresa única para evitar que el fundamento de determinadas leyes mercantiles se vea socavado o soslayado por la figura jurídica del grupo de empresas. Los tribunales han fomentado esa tendencia introduciendo selectivamente el concepto de empresa única para materializar los principios en que se basa la legislación. Se ha aplicado el concepto al régimen de la insolvencia para impedir la realización de determinadas operaciones entre las empresas de un grupo, para respaldar las garantías internas y, en pocos casos, para impulsar la mancomunación sustantiva. Los tribunales también tienen la facultad de modificar la prelación de los créditos en un procedimiento de liquidación de una entidad del grupo, ya sea determinando que algunos de los préstamos internos concedidos a esa entidad se traten no como deudas, sino como capital social, o bien determinando que esos préstamos queden subordinados a los créditos de los acreedores externos de la entidad.

[*En el documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1 se examinan la solicitud y la apertura del procedimiento de insolvencia (las solicitudes conjuntas y la coordinación procesal); en el Add.2, el régimen aplicable a los bienes a raíz de la apertura del procedimiento (la protección y conservación de la masa de la insolvencia, la utilización y enajenación de los bienes y la financiación posterior a la apertura del procedimiento), la anulación y la subordinación; en el Add.3, las vías de recurso (la extensión de la responsabilidad, los mandamientos de aportación y la mancomunación sustantiva del patrimonio), los participantes (un solo representante de la insolvencia) y los planes de reorganización, y en el Add.4, las cuestiones de ámbito internacional.*]

A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 35º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

Párrafos

IV. Grupos de empresas en situaciones de insolvencia 1-29

A. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia 5-29

1. Solicitud conjunta 5-17

2. Coordinación procesal 18-29

IV. Grupos de empresas en situaciones de insolvencia

1. Los grupos de empresas pueden estar estructurados de modo de reducir al mínimo el riesgo de insolvencia de uno o más de sus integrantes, para lo cual pueden constituir contragarantías y realizar otras clases de arreglos análogos. Cuando se presenten problemas efectivamente, la sociedad matriz, a efectos de proteger su reputación y conservar su capacidad crediticia en las esferas comercial y financiera, tal vez procure impedir que cualquiera de los miembros del grupo caiga en la insolvencia, para lo cual aportará más fondos y accederá a subordinar los créditos internos a otras obligaciones externas.

2. Ahora bien, si la compleja estructura de un grupo de empresas se ve perturbada por las dificultades financieras de una o más de las empresas que lo integran, o incluso de todas ellas, y esas dificultades desembocan en la insolvencia, surgirán problemas por el simple hecho de que cada empresa constitutiva del grupo tiene una existencia y una personalidad jurídica propias reconocidas. Habida cuenta de que, como se observó anteriormente, la gran mayoría de los regímenes internos de la insolvencia y de las legislaciones nacionales en materia de sociedades mercantiles no abordan la cuestión de la insolvencia de los grupos de empresas, aun cuando las cuestiones relativas a los grupos puedan abordarse en contextos ajenos a la insolvencia, por ejemplo, en relación con los regímenes contable, regulatorio y tributario, la carencia de una base legislativa en contrario y de la facultad discrecional de los tribunales para intervenir en caso de insolvencia implica que cada empresa ha de considerarse por separado y, de ser necesario, administrarse por

separado en lo que respecta a la insolvencia. En ciertas situaciones, por ejemplo, cuando la actividad comercial de los miembros del grupo se encuentra estrechamente integrada, ese criterio no siempre puede producir los mejores resultados para los negocios del grupo en su conjunto, a menos que se puedan coordinar estrechamente los procedimientos individuales.

3. Muchas de las leyes que ya existen en el ordenamiento interno en relación con la insolvencia de los grupos de empresas se concentran en las circunstancias en que procedería mancomunar las masas de la insolvencia de las empresas constitutivas del grupo. Sin embargo, no se dan orientaciones generales acerca de la forma de abordar la cuestión de la insolvencia de los grupos de empresas y, en particular, sobre las circunstancias en que estos habrían de recibir un trato distinto del que se concede a una entidad jurídica única y si eso sería procedente.

4. Una segunda cuestión clave en cuanto al tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia es el grado de integración económica y organizativa del grupo y la manera en que su nivel de integración podría afectar al tratamiento del grupo en esos casos y, en particular, en qué medida sería procedente que se diera a un grupo sumamente integrado un trato distinto del que se da a un grupo cuyos integrantes conservaran un alto grado de independencia. En algunos casos, por ejemplo, cuando la estructura del grupo es variada y entraña actividades mercantiles y bienes sin vinculación alguna, la insolvencia de uno o más de los miembros del grupo puede no afectar a los demás miembros ni al grupo en su conjunto y los miembros insolventes pueden ser administrados por separado. En otros casos, en cambio, la insolvencia de un miembro del grupo puede causar dificultades financieras a otros miembros o al grupo en su conjunto, lo que sucede cuando la estructura del grupo es integrada, es decir, cuando existe un alto grado de interdependencia entre sus componentes y los bienes y las deudas de estos están estrechamente vinculados. En esas circunstancias, con frecuencia podría darse el caso de que la insolvencia de varias o de muchas de las empresas del grupo diera lugar inevitablemente a la insolvencia de todos los miembros ("efecto dominó") y tal vez fuera conveniente evaluar la inminencia de la insolvencia teniendo en cuenta la situación del grupo en su conjunto o coordinar el examen de la situación de los diversos miembros.

A. Solicitud y apertura del procedimiento de insolvencia

1. Solicitud conjunta

5. Por regla general, el régimen de la insolvencia respeta la personalidad jurídica propia de cada miembro del grupo de empresas y exige la presentación de una solicitud de apertura de procedimiento por cada entidad que cumpla los requisitos correspondientes. Hay muy pocas excepciones en que una sola solicitud pueda hacerse extensiva a otros miembros del grupo; eso ocurre, por ejemplo, cuando todos los interesados den su consentimiento para incluir a más de uno de ellos, cuando la insolvencia de una empresa integrante del grupo pueda afectar a las demás, cuando haya una estrecha integración económica entre las partes solicitantes de la apertura, que consista, por ejemplo, en la mezcla de bienes o en un grado determinado de control o propiedad en común, o cuando la condición de entidad

única del grupo tenga especial importancia jurídica, en particular en el momento de formular los planes de reorganización.

6. Las recomendaciones de la *Guía Legislativa* relativas a la solicitud de apertura y a la propia apertura del procedimiento de insolvencia se aplicarían a los deudores que fueran miembros de un grupo de empresas de la misma forma en que se aplicarían a deudores que constituyeran empresas comerciales individuales. Las recomendaciones 15 y 16 establecen los requisitos que han de cumplir deudores y acreedores para poder solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia y sirven de base para presentar una solicitud respecto de toda empresa integrante de un grupo que cumpla esos requisitos, incluso el relativo a la insolvencia inminente cuando se trate de una solicitud presentada por un deudor. En el contexto de los grupos de empresas, la insolvencia de la empresa matriz puede socavar la estabilidad financiera de una filial, o la insolvencia de varias filiales puede afectar la solvencia de otras, lo que dará lugar a que la inminencia de la insolvencia se extienda más en todo el grupo. Esa situación estaría prevista en la recomendación 15 si, en el momento en que se presentara la solicitud con respecto a los miembros insolventes del grupo, se pudiera decir de los demás miembros que no estarían en condiciones de pagar sus deudas a su vencimiento.

7. El hecho de permitir que las empresas integrantes de un grupo habilitadas para solicitar la apertura del procedimiento de insolvencia lo hagan conjuntamente facilitaría el examen de las solicitudes por parte del tribunal sin menoscabar la identidad jurídica independiente de cada solicitante. Siempre y cuando la ley lo permita y sea factible en las circunstancias del caso, la solicitud conjunta podría consistir en un solo escrito que englobara a todas las empresas del grupo habilitadas para solicitar la apertura, o en escritos separados presentados simultáneamente en relación con cada una de ellas. Este último criterio podría resultar apropiado cuando las empresas no pertenecieran a la misma jurisdicción interna y hubiera varios tribunales competentes (como se examina más adelante), o cuando, debido a otras circunstancias, por ejemplo, si hubiera que coordinar un número considerable de procedimientos, no fuera práctico presentar una sola solicitud. En ambos casos, el régimen de la insolvencia debería facilitar al tribunal la tarea de coordinar el examen de las solicitudes, teniendo presente, cuando proceda, que se trata de un grupo de empresas, para determinar si cada uno de sus integrantes cumple los requisitos correspondientes.

a) Solicitud conjunta y coordinación procesal

8. Cabe distinguir la presentación conjunta de la solicitud de apertura del procedimiento de lo que más adelante se denomina coordinación procesal. El hecho de permitir la presentación conjunta de la solicitud tiene por objeto facilitar la coordinación del examen necesario para decretar la apertura y procurar reducir los gastos. La apertura de varios procedimientos a partir de una solicitud conjunta también facilitaría la coordinación de esos procedimientos; la fecha de apertura, así como toda otra fecha calculada a partir de ella, por ejemplo, las relativas al período de sospecha, serían las mismas para cada uno de los integrantes del grupo. Permitir la solicitud conjunta no tiene por objeto predeterminar la forma en que, de autorizarse la apertura, se administrarán los procedimientos, ni, en particular, si estos estarán sujetos a coordinación procesal. No obstante, en una solicitud conjunta

de apertura podría pedirse la coordinación procesal de los procedimientos, como se explica más adelante, lo que podría facilitar la decisión del tribunal al respecto.

b) Participación de una empresa solvente del grupo en una solicitud conjunta

9. Otra cuestión que se suele examinar con respecto a los grupos de empresas es la de incluir o no a una empresa solvente del grupo en una solicitud de apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a otros integrantes del grupo y, en caso afirmativo, en qué circunstancias. Como se señaló anteriormente, si una empresa integrante del grupo parece ser solvente pero, tras una investigación, se demuestra que está en situación de insolvencia inminente, podría incluirse en la solicitud en virtud de la recomendación 15 de la *Guía Legislativa*.

10. Ahora bien, si no existe una situación de insolvencia inminente pueden adoptarse diferentes criterios. Cuando un grupo esté estrechamente integrado, el régimen de la insolvencia puede permitir que la solicitud de apertura abarque a miembros del grupo que no cumplan los requisitos correspondientes por ser conveniente para los intereses del grupo en su conjunto. Un factor importante para determinar si existe el grado necesario de integración puede ser el hecho de que entre las empresas se haya establecido una relación que, aunque pueda describirse de diversos modos, se caracterice, por ejemplo, por un grado considerable de interdependencia o control, por la mezcla de bienes, por el carácter ficticio del grupo, por la unidad de identidad y el apoyo administrativo y financiero, u otros factores similares que no necesariamente se desprendan de la relación jurídica (por ejemplo, la de la sociedad matriz y las filiales) que exista entre las empresas.

11. Ese criterio puede facilitar la preparación de un plan amplio de reorganización en el que se tengan en cuenta los bienes de los integrantes solventes e insolventes del grupo. También podría facilitar la formulación de una solución de la insolvencia para la totalidad del grupo, lo que evitaría distintas aperturas escalonadas, si posteriormente otras empresas del grupo se vieran afectadas por los procedimientos de insolvencia entablados contra las empresas inicialmente insolventes.

12. Ahora bien, uno de los problemas que presenta este enfoque es que el régimen de la insolvencia por lo general únicamente regirá a las entidades consideradas debidamente habilitadas para iniciar un procedimiento de insolvencia. No obstante, una empresa solvente integrante del grupo puede participar a título voluntario en un plan de reorganización si así lo decide en aras de sus intereses comerciales (véanse los párrafos 54 y 55 del documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3).

13. También cabría permitir una solicitud conjunta de apertura cuando todas las empresas interesadas del grupo den su consentimiento para que se incluya a una o varias de ellas, insolventes o no, o cuando lo consientan todos los interesados, entre ellos los acreedores. Además, cabría plantearse la posibilidad de que el régimen de la insolvencia previera que una empresa del grupo que no hubiera intervenido en el momento de la apertura del procedimientos de insolvencia contra otras empresas del grupo quedara incluida en esos procedimientos si posteriormente se viera afectada por ellos o si se determinara que incluirla redundaría en beneficio del grupo en su conjunto.

c) Personas habilitadas para presentar una solicitud conjunta

14. En consonancia con el criterio aplicado en la recomendación 14 de la *Guía Legislativa*, el régimen de la insolvencia puede permitir que presenten una solicitud conjunta dos o más empresas integrantes de un grupo que reúnan los requisitos necesarios en él previstos para la apertura y todo acreedor de dos o más de esas empresas.

d) Tribunales competentes

15. La presentación de una solicitud conjunta de apertura con respecto a dos o más miembros de un grupo de empresas puede plantear problemas jurisdiccionales, incluso en el ámbito interno, si los establecimientos de las empresas están situados en diferentes lugares y si hay varios tribunales competentes para atender a las distintas solicitudes. En algunos países se acostumbra centralizar en un único tribunal la tramitación de un conjunto de solicitudes de apertura. Si bien esa práctica es conveniente, en última instancia corresponderá al derecho interno admitir o no que las solicitudes conjuntas que sean de competencia de distintos tribunales se tramiten de esa manera. También cabría abordar la cuestión de los gastos generados por una solicitud conjunta y los demás problemas que esta plantee.

16. Si bien la cuestión de determinar el tribunal competente para atender a una solicitud conjunta de apertura cuando los establecimientos de las empresas estén situados en diferentes jurisdicciones podría regirse por otras normas ajenas al régimen de la insolvencia, es conveniente aplicar el criterio de la recomendación 13 de la *Guía Legislativa*. Para eso sería necesario que en el régimen de la insolvencia se indicara claramente la ley pertinente que establezca dicha competencia o se hiciera referencia a esta. De esa forma, todos los interesados sabrían a ciencia cierta dónde y cómo presentar la solicitud.

e) Notificación de la solicitud

17. Las recomendaciones de la *Guía Legislativa* con respecto a la notificación de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia se aplicarían también a la solicitud conjunta. Cuando se trate de una solicitud conjunta presentada por un acreedor, esta se notificará a los miembros del grupo que sean objeto de la solicitud de conformidad con el apartado a) de la recomendación 19. Cuando sea presentada por empresas del grupo, no se exigirá notificación hasta que se inicien procedimientos sobre la base de esa solicitud, de conformidad con la recomendación 22.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a la solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a dos o más miembros de un grupo de empresas tienen por objeto:

a) Facilitar el examen coordinado de esas solicitudes de apertura;

b) Facultar al tribunal para obtener información relativa al grupo de empresas que facilitara la decisión de decretar la apertura de procedimientos;

c) Aumentar la eficiencia y reducir los gastos relacionados con la apertura de esos procedimientos; y

d) Proporcionar un mecanismo para que el tribunal pueda determinar la conveniencia de coordinar esos procedimientos.

Contenido de las disposiciones legislativas

Solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia

1. El régimen de la insolvencia puede disponer que se pueda presentar una solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas. Dicha solicitud conjunta podrá ser presentada por:

a) Dos o más miembros del grupo de empresas, siempre y cuando cada uno de ellos reúna las condiciones establecidas para la apertura en la recomendación 15 de la *Guía Legislativa*; o

b) Un acreedor de dos o más miembros del grupo de empresas, siempre que cada uno de esos miembros reúnan las condiciones establecidas para la apertura en la recomendación 16 de la *Guía Legislativa*.

Tribunales competentes

2. El régimen de la insolvencia debería establecer que, a efectos de aplicar la recomendación 13 de la *Guía Legislativa* en el contexto de los grupos de empresas, la expresión "para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el transcurso de estos" también abarca las solicitudes conjuntas de apertura de procedimientos de insolvencia.

2. Coordinación procesal

a) *Propósito de la coordinación procesal*

18. Como se señaló en el glosario, el concepto de coordinación procesal puede guardar relación con los diversos grados de integración que tengan varios procedimientos de insolvencia entablados con respecto a los miembros de un grupo de empresas. La coordinación procesal tiene por objeto aumentar la eficiencia de las actuaciones y ahorrar gastos y puede facilitar la obtención de información completa sobre las operaciones comerciales de los miembros del grupo sujetos a los procedimientos de insolvencia, la valoración de los bienes y la identificación de los acreedores y de otras partes con intereses jurídicamente reconocidos, así como evitar la duplicación de esfuerzos. Aunque el activo y el pasivo de cada empresa del grupo sujeta a coordinación procesal se administren juntos, siguen siendo independientes y diferenciados, con lo cual se conserva la integridad de cada una de las empresas sin menoscabar los derechos sustantivos de los acreedores. De eso se deduce que la coordinación procesal se circunscribe a los aspectos propiamente administrativos del procedimiento de insolvencia y no concierne a las cuestiones de fondo.

19. El mandamiento de coordinación procesal puede contribuir a racionalizar los procedimientos de diversas maneras: facilitando el intercambio de información para obtener un panorama más completo de la situación de los diversos deudores;

combinando audiencias y reuniones, incluso las juntas de acreedores; reuniendo en una sola lista a los acreedores y demás interesados que deban ser notificados, a efectos de coordinar el envío de notificaciones; estableciendo plazos comunes; conviniendo en un procedimiento conjunto de presentación de créditos y la venta coordinada de bienes, y estableciendo un solo comité de acreedores o coordinación entre los comités de acreedores. La coordinación procesal puede verse facilitada por el nombramiento de un solo representante de la insolvencia para administrar los procedimientos o la coordinación entre los representantes de la insolvencia cuando se nombre más de uno (véanse los párrafos 42 a 46 del documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3) y también puede entrañar cooperación entre dos o más tribunales o, en el ámbito interno, la administración de los procedimientos concernientes a los miembros de un grupo en un solo tribunal.

20. Hay diversos factores que cabría considerar en cada caso para determinar si corresponde decretar la coordinación procesal, por ejemplo, todo lo relacionado con la información incluida en la solicitud a efectos de sustanciar la existencia del grupo y determinar los vínculos entre sus miembros y la posición de cada uno de ellos en el grupo, en particular cuando uno de los miembros sea la entidad que los controla o la sociedad matriz. Si bien, en los casos en que los acreedores estén habilitados para solicitar la coordinación procesal, podría ser difícil proporcionar tantos detalles, la parte medular de la solicitud es que los deudores son miembros de un grupo y el tribunal por lo general debe estar convencido de que existe esa relación al determinar si procede decretar la apertura de un procedimiento.

21. Con respecto a la participación de los acreedores, es posible que los intereses de los acreedores de las diferentes entidades sean divergentes y no puedan estar representados en un solo comité. No obstante, en los casos en que la coordinación procesal afecte a muchas empresas de un grupo, establecer un comité de acreedores para cada miembro por separado podría resultar sumamente costoso e ineficiente para la administración de los procedimientos. Por esa razón, en algunos Estados los tribunales pueden decidir no establecer un comité para cada entidad por separado en determinadas circunstancias. En consecuencia, como principio general, puede ser conveniente que el régimen de la insolvencia permita que se establezca un solo comité de acreedores cuando proceda.

b) Momento de presentar la solicitud y personas habilitadas para hacerlo

22. Las ventajas que entraña la coordinación procesal pueden ponerse de manifiesto en el momento de presentar una solicitud de apertura o surgir después de que hayan comenzado los procedimientos. En cualquiera de los dos casos, es conveniente que se deje a criterio del tribunal la cuestión de coordinar o no procesalmente los diversos procedimientos. El tribunal podrá considerar si procede ordenar la coordinación procesal de oficio, o bien a instancia de las partes habilitadas para solicitarla, a saber, toda empresa del grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia, el representante de la insolvencia de uno de los miembros del grupo, que por lo general poseería la información más importante para hacerlo, o un acreedor. En el caso de los acreedores, puede ser conveniente y práctico disponer que un acreedor solamente pueda solicitar la coordinación de los procedimientos de las empresas de las que sea acreedor, ya que por lo general solo poseería información pertinente con respecto a esas entidades.

c) Tribunales competentes

23. La coordinación procesal también puede plantear los problemas jurisdiccionales señalados anteriormente con respecto a las solicitudes conjuntas de apertura (véanse los párrafos 15 y 16 *supra*) cuando diversos tribunales tengan competencia para conocer de los asuntos de las distintas empresas del grupo sujetas a procedimientos de insolvencia. Cuando surjan problemas de esa índole deberán resolverse por remisión al derecho procesal interno. En algunos Estados, los diferentes procedimientos pueden unificarse o remitirse a un tribunal apropiado, por ejemplo, el que tenga competencia para administrar un procedimiento de insolvencia con respecto a la sociedad matriz de un grupo. También podría optarse por una serie de criterios diferentes, entre ellos el grado de prelación entre las distintas solicitudes presentadas, la magnitud del endeudamiento o el centro de control, a fin de determinar la competencia preponderante de un tribunal a nivel interno. Un elemento clave para unificar los procedimientos o remitirlos a un solo tribunal sería establecer comunicación entre los tribunales competentes. Los acreedores de los diversos miembros del grupo también podrían estar situados en diferentes lugares, lo que plantearía cuestiones relativas a la representación y el lugar en que se reunirían o se constituirían los comités de acreedores.

24. Si bien estas cuestiones podrían abordarse mediante normas jurídicas ajenas al régimen de la insolvencia, es conveniente, como se observó anteriormente con respecto a las solicitudes conjuntas (párrafo 16), aplicar el criterio de la recomendación 13 de la *Guía Legislativa*. Para eso, el régimen de la insolvencia debería indicar con claridad la ley pertinente que establezca el tribunal competente para atender a una solicitud de coordinación procesal o remitirse a esa norma.

d) Notificación de solicitudes y mandamientos de coordinación procesal

25. Para presentar una solicitud de coordinación procesal pueden establecerse los mismos requisitos previstos en la *Guía Legislativa* en relación con la solicitud de apertura del procedimiento. Cuando los dos tipos de solicitudes se presenten al mismo tiempo, solo la solicitud de coordinación procesal presentada por acreedores deberá notificarse a los deudores correspondientes. Cuando esta sea presentada por empresas integrantes del grupo no será necesario notificarla a los acreedores.

26. Cuando la solicitud de coordinación procesal se presente después de iniciados los procedimientos, en general regirían las mismas consideraciones, ya que la coordinación procesal no afecta a los derechos sustantivos de los acreedores.

27. Cuando se dicte un mandamiento de coordinación procesal, puede ser conveniente disponer que se notifique a los acreedores, aun cuando la medida no afecte a sus derechos sustantivos. No obstante, cabe la posibilidad de hacer una distinción entre los mandamientos de coordinación procesal dictados al mismo tiempo que la solicitud de apertura del procedimiento de insolvencia y los dictados posteriormente. En el primer caso, tal vez no sea necesario notificarlos especialmente, si bien podría informarse al respecto en la notificación de la apertura del procedimiento. Cuando el mandamiento se dicte después de la apertura del procedimiento, tal vez convenga notificarlo. Eso puede resultar particularmente importante cuando la ley prevea, como se señaló anteriormente, la remisión a una sola jurisdicción o la administración en una sola jurisdicción de las causas iniciadas en diferentes jurisdicciones y esa remisión pueda afectar a aspectos procesales del

procedimiento que sean de interés para los acreedores, entre ellos, el lugar de celebración de las reuniones de un comité de acreedores o el lugar de presentación de los créditos.

28. La obligación de notificar a todos los acreedores puede cumplirse mediante una notificación colectiva, entre otras cosas, un aviso en una publicación jurídica determinada, cuando la legislación interna lo permita y cuando proceda, por ejemplo, si hubiese un gran número de acreedores con créditos de escasa cuantía. Además de la información prevista en las recomendaciones de la *Guía Legislativa* en relación con la notificación de la apertura del procedimiento, en la del mandamiento de coordinación procesal podrían figurar los términos del mandamiento e información conexa, por ejemplo, sobre la coordinación de las audiencias y las reuniones y las disposiciones que habría que tomar respecto de los acuerdos de préstamo.

e) Modificación o revocación del mandamiento de coordinación procesal

29. Habida cuenta de que el propósito de la coordinación procesal es aumentar la eficiencia de las actuaciones y ahorrar gastos, el régimen de la insolvencia podría prever la modificación o la revocación del mandamiento cuando las circunstancias cambiaran. Ese criterio podría ser conveniente, por ejemplo, si la reorganización coordinada no diera buenos resultados y las distintas empresas del grupo tuvieran que liquidarse por separado. Aunque rara vez sería necesario, debería ser posible revocarlo, ya que el mandamiento inicial no ha de afectar a derechos sustantivos. Como salvaguardia, el régimen de la insolvencia podría prever la posibilidad de revocar o modificar el mandamiento, siempre y cuando eso se haga sin perjuicio de las acciones iniciadas conforme al mandamiento inicial ni de los derechos afectados por este.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a la coordinación procesal tienen por objeto:

a) Facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia iniciados con respecto a dos o más miembros de un grupo de empresas, en beneficio de los acreedores y los deudores y respetar, al mismo tiempo, la identidad jurídica individual de cada miembro del grupo, y

b) Aumentar la eficiencia de las actuaciones y ahorrar gastos.

Contenido de las disposiciones legislativas

Coordinación procesal de dos o más procedimientos de insolvencia

3. El régimen de la insolvencia debería especificar que:

a) El tribunal podrá ordenar o autorizar que la administración de los procedimientos de insolvencia relativos a dos o más miembros de un grupo de empresas se coordine con fines procesales. El tribunal debería precisar la magnitud y el alcance de la coordinación procesal;

b) La coordinación procesal podrá abarcar todos o algunos de los siguientes aspectos: notificación, intercambio de información, coordinación de audiencias, negociaciones, procedimientos para presentar créditos y cooperación de los representantes de la insolvencia;

c) La solicitud de coordinación procesal podrá presentarse al mismo tiempo que la de apertura de esos procedimientos de insolvencia o posteriormente.

Partes habilitadas para solicitar la coordinación procesal

4. El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de coordinación procesal podrá ser presentada por[1]:

a) Un miembro de un grupo de empresas que haya solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia o esté sujeto a un procedimiento de esa índole;

b) El representante de la insolvencia de un miembro de un grupo de empresas que esté sujeto a un procedimiento de insolvencia; o

c) Un acreedor, si bien únicamente con respecto a los miembros de un grupo de empresas de los cuales sea acreedor.

Examen de las solicitudes de coordinación procesal

5. El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá adoptar medidas apropiadas para facilitar el examen coordinado de solicitud de coordinación procesal.

6. A los efectos de la recomendación 5, esas medidas apropiadas podrían ser: audiencias coordinadas y conjuntas, intercambio y divulgación de información, [...].

Modificación o revocación de la coordinación procesal

7. El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal podrá modificar o revocar el mandamiento de coordinación procesal que haya dictado, siempre y cuando las acciones iniciadas y las decisiones adoptadas conforme a dicho mandamiento no se vean afectadas por el de modificación o revocación.

Tribunales competentes

8. El régimen de la insolvencia debería indicar que, a efectos de la aplicación de la recomendación 13 de la *Guía Legislativa* a los grupos de empresas, la expresión "para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el transcurso de estos" engloba también las solicitudes y los mandamientos de coordinación procesal.

Notificación de la coordinación procesal

9. El régimen de la insolvencia debería establecer requisitos para la notificación de las solicitudes y los mandamientos de coordinación procesal y de la modificación

[1] Compete igualmente al derecho interno determinar las facultades de los tribunales para decretar la coordinación procesal de los procedimientos de insolvencia (véase el párrafo 24 del documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3, con respecto a las facultades correspondientes del tribunal).

o revocación de estos, entre otras cosas, la magnitud y el alcance del mandamiento, a quién ha de notificarse y quién ha de hacerlo y el contenido de la notificación.

[*En el documento A/CN.9/WG.V/WP.82 figura una introducción sobre el tema de los grupos de empresas; en el Add.2 se examinan el régimen aplicable a los bienes a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia (protección y conservación de la masa de la insolvencia, utilización y enajenación de bienes y financiación posterior a la apertura del procedimiento), la anulación y la subordinación; en el Add.3 se examinan las vías de recurso (la extensión de la responsabilidad, los mandamientos de aportación y la mancomunación sustantiva del patrimonio), los participantes (un solo representante de la insolvencia) y los planes de reorganización; y en el Add.4, las cuestiones de ámbito internacional.*]

A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 35º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

	Párrafos
V. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia	1-44
A. Protección y conservación de la masa de la insolvencia	2-9
B. Utilización y enajenación de bienes	10-12
C. Financiación posterior a la apertura	13-29
1. Otorgamiento de financiación posterior a la apertura por parte de un miembro solvente del grupo	16-19
2. Financiación concedida tras la apertura por una empresa insolvente del grupo	20-29
D. Procedimiento de impugnación	30-35
E. Subordinación	36-44
1. Créditos de personas allegadas	37-41
2. Trato dado al capital social	42-44

V. Tratamiento de los bienes al abrirse un procedimiento de insolvencia

1. En la *Guía Legislativa* se analizan en detalle los modos en que la apertura de procedimientos de insolvencia afectan al deudor y a sus bienes (véase la segunda parte, capítulo I). En general, esos efectos se producirían igualmente al abrirse procedimientos de insolvencia contra dos o más empresas integrantes de un grupo. A continuación se examinan algunos de los efectos que pueden ser distintos en el contexto de un grupo de empresas, concretamente en lo relativo a la protección y conservación de los patrimonios de la insolvencia de las empresas del grupo: la financiación posterior a la apertura; la anulación; la subordinación; y las soluciones o remedios, como las órdenes de consolidación patrimonial.

A. Protección y conservación de la masa de la insolvencia

2. En la *Guía Legislativa* se observa (véase la segunda parte, capítulo II, párrafo 26) que muchos regímenes de la insolvencia han previsto un mecanismo para proteger el valor de la masa de la insolvencia que no solo impide que los acreedores puedan interponer demandas para obtener la ejecución de sus derechos mediante vías legales durante una parte o la totalidad del procedimiento de insolvencia, sino que también paraliza las acciones que ya se hayan entablado contra el deudor. Las disposiciones de la *Guía Legislativa* referentes a la aplicación de ese mecanismo, denominado "paralización", serían generalmente aplicables en el caso de procedimientos de insolvencia abiertos contra dos o más empresas de un grupo de sociedades (véanse las recomendaciones 39 a 51).

3. Una cuestión que podría plantearse en el contexto de la insolvencia de grupos de empresas, pero no en el caso de deudores no vinculados entre sí, es la de la posibilidad de hacer extensiva la paralización a una empresa del grupo que no esté sujeta al procedimiento de insolvencia (cuando el régimen de la insolvencia permita que una empresa solvente del grupo quede incluida en el procedimiento, esta cuestión no se planteará). Tal cuestión puede revestir especial importancia para los grupos de empresas a causa de los vínculos existentes entre los negocios de un grupo. Por ejemplo, cuando la financiación de un grupo se organice mediante un sistema de garantías recíprocas reales o de otra índole, los fondos que se den a una empresa de un grupo podrían incidir en las obligaciones o responsabilidades de otra, o las acciones que se interpongan respecto de los bienes de alguna empresa solvente del grupo pueden afectar igualmente a los bienes o a las obligaciones de los miembros del grupo contra los que se hayan presentado solicitudes de apertura de un procedimiento de insolvencia o contra los que el procedimiento se halle en curso, o puede incluso minar su capacidad para mantener el giro ordinario de los negocios.

4. Esta extensión del alcance de la paralización podría solicitarse en determinadas situaciones, por ejemplo, para proteger una garantía interna del grupo que se basara en los bienes de la empresa solvente del grupo que diera la garantía; para impedir que un prestamista hiciera ejecutar un acuerdo contra una empresa solvente del grupo, cuando la ejecución del acuerdo pudiera afectar a la responsabilidad de una empresa contra la que se hubiera presentado una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia; y para impedir que se ejecutara una garantía real sobre los bienes de una entidad solvente que fueran vitales para la actividad mercantil del grupo, inclusive para la de las empresas del grupo contra las que se hubiera presentado una solicitud de apertura de un procedimiento. Esta extensión del alcance de la paralización podría afectar a los negocios de la empresa solvente y a los intereses de sus acreedores, según la naturaleza de la empresa solvente y la función que desempeñara en la estructura del grupo. Por ejemplo, las actividades cotidianas de una empresa comercial del grupo podrían verse más perjudicadas que las de una filial establecida para tener en su posesión determinados bienes o para cumplir determinadas obligaciones.

5. En algunos ordenamientos jurídicos, tal vez no resulte posible dictar medidas compensatorias o cautelares relacionadas con la insolvencia contra una empresa solvente de un grupo (que no esté incluida en el procedimiento de insolvencia), pues podrían entrar en conflicto, por ejemplo, con la protección de los derechos de

propiedad o plantear problemas sobre derechos constitucionales. No obstante, podría obtenerse el mismo resultado si un tribunal pudiera dictar medidas cautelares paralelamente a la apertura de un procedimiento de insolvencia entablado contra otras empresas de ese grupo en determinados casos, como, por ejemplo, cuando existiera una garantía interna entre las empresas del grupo. El tribunal puede dictar las medidas a su discreción supeditándolas a las condiciones que el propio tribunal estime apropiadas.

6. Esas medidas podrían quedar abarcadas por la recomendación 48 de la *Guía Legislativa*, que dispone que el tribunal podrá conceder otras limitaciones, además de las que sean aplicables automáticamente al abrirse el procedimiento de insolvencia (como la que se enuncia en la recomendación 46). Tal como se señala en la nota de pie de página correspondiente a la recomendación 48, las medidas suplementarias otorgables dependerán de los tipos de medidas previstas en cada ordenamiento jurídico, así como de las medidas que resulten más adecuadas en un determinado procedimiento de insolvencia.

7. También cabría dictar medidas cautelares. En la recomendación 39 de la *Guía Legislativa* se tratan las exenciones de carácter provisional y se enumeran los tipos de exención que podrían otorgarse "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 el de la apertura en sí".

8. En las disposiciones pertinentes de la *Guía Legislativa* se regula la protección de los intereses de los acreedores, tanto garantizados como ordinarios, de la empresa solvente del grupo; por ejemplo, en la recomendación 51 se abordan específicamente la cuestión de la protección de los acreedores garantizados y los motivos para la exención de la paralización aplicable en el momento de la apertura, que podría hacerse extensiva a los acreedores garantizados de la empresa solvente del grupo. Otros motivos para conceder la exención de la paralización podrían ser el estado financiero de la empresa solvente y el efecto continuo que tendría la paralización en sus operaciones cotidianas y, potencialmente, en su solvencia.

9. Cuando un acreedor garantizado sea al mismo tiempo otra empresa del mismo grupo, podría requerirse un enfoque diferente de la protección, especialmente cuando el régimen de la insolvencia permita la consolidación o la subordinación de los créditos de personas allegadas (véase más abajo).

B. Utilización y enajenación de bienes

10. En la *Guía Legislativa* (véase la segunda parte, capítulo II, párrafo 74) se observa que aun cuando, como principio general, es conveniente que el régimen de la insolvencia no menoscabe indebidamente el derecho de propiedad de terceros ni los intereses de los acreedores garantizados, en los procedimientos de insolvencia será a menudo necesario seguir usando los bienes de la masa de la insolvencia y los bienes en posesión del deudor utilizados en su empresa, o poder disponer de ellos (incluso gravándolos) para cumplir con el objetivo de cada procedimiento.

11. Cuando el procedimiento de insolvencia afecte a dos o más empresas de un grupo, pueden plantearse problemas en el uso de los bienes que sean propiedad de una empresa solvente del mismo grupo para apoyar las operaciones en curso de las empresas insolventes en espera de que se resuelva el procedimiento entablado contra estas. Cuando esos bienes estén en posesión de una de las empresas insolventes del grupo, la recomendación 54 de la *Guía Legislativa*, que regula la utilización de bienes que sean propiedad de terceros y estén en posesión del deudor, puede resultar suficiente.

12. Cuando esos bienes no estén en posesión de ninguna de las empresas insolventes del grupo, en general no se aplicará la recomendación 54. Sin embargo, puede haber circunstancias en que la empresa solvente del grupo quede incluida en el procedimiento de insolvencia y que las disposiciones de un plan de reorganización de un grupo abarquen los bienes. Cuando la empresa solvente del grupo no esté incluida en el procedimiento, se planteará la cuestión de si esos bienes podrán utilizarse para apoyar a las empresas insolventes del grupo y, en caso afirmativo, a qué condiciones estaría sujeta dicha utilización. El uso de esos bienes podría suscitar impugnaciones con fines de anulación, en particular cuando la empresa que prestara apoyo cayera posteriormente en la insolvencia, y además tal utilización preocuparía a los acreedores de la empresa solvente.

C. Financiación posterior a la apertura

13. En la *Guía Legislativa* se reconoce que el hecho de que la empresa del deudor siga funcionando después de la apertura del procedimiento de insolvencia es fundamental para la reorganización, y también es importante en caso de liquidación cuando la empresa vaya a venderse como negocio en marcha. Para que la empresa pueda seguir funcionando, el deudor debe tener acceso a una financiación que le permita seguir sufragando el pago de los bienes y servicios esenciales, como los costos de personal, los seguros, los alquileres, el mantenimiento de contratos y otros gastos de explotación, así como los costos que entrañe la conservación del valor de los bienes. En la *Guía* se puntualiza, sin embargo, que en varios ordenamientos se restringe la aportación de nuevos fondos en la insolvencia o no se regula expresamente la obtención de financiación suplementaria ni la prelación para su reembolso. Entre los ordenamientos que sí regulan la financiación posterior a la apertura muy pocos o ninguno de ellos abordan en concreto la cuestión en el contexto de los grupos de empresas.

14. Las recomendaciones 63 a 68 de la *Guía Legislativa* tienen por objeto promover la obtención de crédito para mantener en marcha la empresa del deudor, o asegurar su supervivencia, garantizar la debida protección de los proveedores de fondos después de la apertura, y velar por la debida protección de las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la aportación de fondos tras la apertura del procedimiento.

15. La financiación posterior a la apertura puede revestir, en el contexto de un grupo de empresas, una importancia aun mayor que en el contexto de los procedimientos que afectan a una única empresa. Si no hay circulación de fondos, serán muy escasas las perspectivas de reorganización de un grupo insolvente de empresas; también serán escasas las posibilidades de vender la totalidad o varias

partes del grupo como negocio en marcha, y el fracaso de tal intento puede tener consecuencias económicas de mucha mayor envergadura que en el caso de un único deudor, especialmente si se trata de grandes grupos de empresas. Por consiguiente, los motivos para promover la oferta de financiación tras la apertura en el contexto de un grupo de empresas son similares a los que justifican el otorgamiento de tal financiación a un único deudor, aunque es probable que, tratándose de un grupo de empresas, se plantee toda una serie de problemas distintos, por ejemplo, la compaginación de los intereses de cada empresa de un grupo con los requisitos para la reorganización de todo el grupo; la concesión, por parte de empresas solventes del grupo, de financiación, especialmente en los casos en que puedan plantearse cuestiones de control, como cuando esa empresa solvente esté controlada por la empresa matriz, insolvente, del grupo; el tratamiento de las operaciones concertadas principalmente entre personas allegadas (véase el glosario, párrafo jj)); la concesión de fondos por parte de empresas del grupo que estén sujetas a un procedimiento de insolvencia; la posibilidad de que surjan conflictos de interés entre las necesidades de los distintos deudores respecto de la financiación en el caso de haberse nombrado un único representante de la insolvencia para varias empresas del grupo; y la conveniencia de que, en el curso del procedimiento de insolvencia, se mantenga la estructura financiera del grupo previa a la declaración de insolvencia, particularmente si esa estructura entraña la pignoración de todos los bienes del grupo para obtener financiación canalizada por alguna entidad central del grupo encargada de funciones de tesorería.

1. Otorgamiento de financiación posterior a la apertura por parte de un miembro solvente del grupo

16. Como ya se ha señalado, una de las cuestiones que se plantean respecto de la financiación tras la apertura en el contexto de un grupo de empresas es la de si pueden utilizarse los bienes de una empresa solvente del grupo, por ejemplo, constituyendo una garantía real u otro tipo de garantía, para obtener financiación de una fuente externa destinada a una empresa insolvente o para financiar directamente a la empresa insolvente del grupo y, en caso afirmativo, la cuestión de las consecuencias que ello tendría para las recomendaciones de la *Guía Legislativa* referentes a la prelación y a las garantías. Es posible que a una empresa solvente le interese la estabilidad financiera de la empresa matriz, la de las demás integrantes del grupo o la del grupo en su conjunto, porque inciden en su propia estabilidad financiera y en la continuidad de su actividad mercantil. Diversos tipos de entidades solventes, como una empresa creada para fines especiales, con pocas obligaciones y valiosos bienes, podrían actuar otorgando una garantía real o de otra índole.

17. Ahora bien, la utilización de los bienes de una empresa solvente de un grupo para obtener financiación destinada a una empresa insolvente puede plantear varios problemas, concretamente cuando sea probable que esa empresa solvente del grupo caiga en la insolvencia o cuando esto llegue a producirse. Si bien la empresa solvente proporcionaría los fondos por iniciativa propia, en un contexto comercial, conforme al derecho de sociedades y no en virtud del régimen de la insolvencia, las consecuencias de esa aportación de fondos pueden estar reguladas por el régimen de la insolvencia. Por ejemplo, puede plantearse la cuestión de si una filial solvente de un grupo de empresas tendría derecho a la prelación prevista en la recomendación 64 de la *Guía Legislativa* si diera financiación a una empresa insolvente del grupo; si el crédito dimanante de tal operación quedaría sujeto a un

trato especial por haber tenido lugar entre partes allegadas conforme a la recomendación 184; o si una operación de esa índole se consideraría una operación preferente en todo procedimiento de insolvencia entablado posteriormente contra la empresa del grupo que hubiera aportado la financiación. En algunos ordenamientos, la aportación de tales fondos se equipararía a una transmisión de los bienes de dicha entidad solvente a la entidad insolvente en perjuicio de los acreedores y accionistas de la primera, por lo que estaría prohibida.

18. Algunas de las dificultades vinculadas a la aportación de fondos por una empresa solvente del grupo podrían resolverse si se abordaran en el contexto de un plan de reorganización en el que la empresa solvente del grupo y los proveedores de fondos pudieran participar contractualmente. No obstante, si bien podría haber situaciones en que ese enfoque resultara apropiado, podría tener una aplicación limitada habida cuenta de la necesidad de fondos tras la apertura en cualquier etapa del procedimiento de insolvencia y antes de que pueda negociarse un plan y en casos de liquidación de una empresa en marcha, en que no habría ningún plan de reorganización.

19. La recomendación 63 de la *Guía Legislativa* define el criterio para la obtención de financiación tras la apertura (si el representante de la insolvencia decide que es indispensable para mantener en marcha o asegurar la supervivencia del negocio del deudor o para preservar o incrementar el valor de la masa) y la forma de autorizar tal financiación (mediante resolución judicial o por medio de una decisión de los acreedores). Estos requisitos son también pertinentes en el contexto de los grupos de empresas, y, para que no subsistan dudas, cabría puntualizar que, en el contexto de un grupo de empresas, debería entenderse que la recomendación 63 es aplicable a la aportación de fondos, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, a una empresa del grupo sujeta a tal procedimiento tanto por parte de un prestamista externo como por parte de una empresa solvente del grupo.

2. Financiación concedida tras la apertura por una empresa insolvente del grupo

20. El otorgamiento de financiación tras la apertura por parte de una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia en beneficio de otra de las empresas que esté en la misma situación no se regula directamente en la *Guía Legislativa*. Tal vez sea necesario que en algunos de los regímenes existentes se aborden algunas de las dificultades que plantean la obtención y la concesión de fondos por parte de empresas insolventes, a fin de facilitar el otorgamiento de financiación tras la apertura en tal situación. Por ejemplo, en algunos regímenes de la insolvencia el otorgamiento de fondos en esas circunstancias puede plantear problemas de responsabilidad tanto del prestamista como del deudor financiado. Tal como se señala en la *Guía Legislativa* (véase la segunda parte, capítulo II, párrafo 96), algunos regímenes disponen, por ejemplo, que cuando un prestamista adelante fondos a un deudor insolvente durante el período previo a la apertura de un procedimiento, el prestamista puede resultar responsable de cualquier incremento de las deudas de otros acreedores, o que la suma proporcionada estará sujeta a acciones de impugnación, en todo procedimiento de insolvencia ulterior, si se considera que es una operación preferente. En otros ejemplos, el representante de la insolvencia puede tener que solicitar los préstamos, con lo cual pueden plantearse problemas de responsabilidad personal a efectos del reembolso.

21. Si bien por lo general cabe esperar que una empresa insolvente de un grupo que esté sujeta a un procedimiento no estará en condiciones de adelantar fondos, tras la apertura, a otra empresa que esté en la misma situación, pueden darse circunstancias en que esa financiación sea posible y también conveniente, en particular cuando se considere el grupo en su conjunto. Habida cuenta de que la concesión de tales fondos puede repercutir en los derechos de los acreedores existentes, tanto garantizados como ordinarios, de ambas empresas insolventes, convendrá sopesar las ventajas de tal financiación frente a la posibilidad de que la preservación del valor de la empresa que se mantenga en marcha beneficie en última instancia a dichos acreedores. Conviene también evaluar las ventajas que entrañaría el sacrificio de una empresa del grupo en beneficio de las demás, con la posibilidad de que todas las empresas del grupo salgan globalmente beneficiadas. Aunque resulte difícil de conseguir, el objetivo debería ser una distribución equitativa de los perjuicios que tal financiación tras la apertura pudiera causar a corto plazo con miras a beneficiarse a largo plazo, en vez de sacrificar a una de las empresas del grupo (y a sus acreedores) en beneficio de las demás.

22. Para disipar dudas, debería puntualizarse que, en el contexto de un grupo de empresas, debería entenderse que la recomendación 63 es aplicable, no solo en las circunstancias antes señaladas, sino también al otorgamiento de financiación de una empresa insolvente del grupo, tras la apertura, por parte de otra de las empresas que esté en la misma situación.

a) Conflictos de interés

23. La concesión de tales fondos plantea asimismo problemas relativos a los posibles perjuicios y conflictos de interés que no suscita la financiación cuando se trata de un único deudor. Por ejemplo, puede surgir un conflicto de interés cuando se nombre un único representante de la insolvencia para el procedimiento de insolvencia que afecte a varias empresas de un grupo. Por ejemplo, el representante de la insolvencia de la empresa del grupo que aporte los fondos puede ser al mismo tiempo el representante de la insolvencia de la empresa que los reciba. Esta situación puede resolverse designando un segundo representante de la insolvencia (esta cuestión se analiza en los párrafos 42 a 46 del documento A/CN.9/WP.82/Add.3 *infra*), encomendándole la resolución de este conflicto concreto u objetivos más generales, como el de compaginar mejor los intereses de los acreedores de las diversas empresas del grupo.

b) Prelación de los préstamos otorgados con posterioridad a la apertura

24. En la recomendación 64 de la *Guía Legislativa* se especifica la necesidad de establecer la prelación que pueda concederse a los préstamos otorgados después de la apertura y su grado de prelación, a saber, una prelación por delante de la de los acreedores ordinarios no garantizados, e incluso superior a la de los acreedores no garantizados con prioridad administrativa. Si bien la prelación suele dar un fuerte incentivo al otorgamiento de tales créditos, en el contexto de un grupo de empresas el estímulo requerido tal vez sea ligeramente distinto al que se da en una situación con un único deudor. El interés particular de una empresa del grupo que proporcione fondos a otra puede radicar más en el resultado del procedimiento de insolvencia para la totalidad del grupo (inclusive para dicha empresa) que en las expectativas de posibles beneficios comerciales a corto plazo que esta pueda albergar. En tales

circunstancias, tal vez convenga estudiar si el nivel de prelación recomendado en la *Guía Legislativa* es apropiado. Por una parte, cabría considerar que sería adecuado prever el mismo grado de prelación, dado que debe haber incentivos para otorgar fondos y esa prelación brindaría una mayor protección a los acreedores del proveedor de los fondos. Por otra parte, cabría opinar que, habida cuenta de que la operación se realiza entre partes conexas y teniendo presente el contexto del grupo (inclusive el interés que tiene el propio proveedor de fondos en el resultado y las repercusiones del procedimiento de insolvencia para el grupo en su totalidad), habría que prever, en tal contexto, un grado de prelación inferior para proteger de forma más general los intereses de los acreedores y para lograr un equilibrio entre los intereses de los acreedores del proveedor de fondos y los de la empresa del grupo que reciba dichos fondos. Sea cual sea el enfoque que se adopte, es conveniente que el régimen de la insolvencia otorgue prelación a esta operación crediticia y que especifique el grado apropiado de prioridad que deberá tener.

c) Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

25. En las recomendaciones 65 a 67 de la *Guía Legislativa* se regulan cuestiones relativas al otorgamiento de una garantía real para la concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento, y estas recomendaciones serían generalmente aplicables en el contexto de un grupo de empresas. El otorgamiento de una garantía real del tipo mencionado en la recomendación 65 por parte de una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia para respaldar el reembolso de la financiación concedida a otra empresa que esté en circunstancias similares debe distinguirse del mismo tipo de operación de financiación entre un prestamista externo y un único deudor. En el contexto del grupo de empresas, la empresa de dicho grupo otorga la garantía real sobre sus bienes no gravados, pero no se beneficia directamente de la financiación concedida tras la apertura y con ello puede disminuir el conjunto de bienes disponibles para los acreedores. No obstante, esa empresa puede obtener un beneficio indirecto en el contexto del grupo de empresas cuando la financiación otorgada propicie una mejor solución de la insolvencia del grupo en su totalidad y, como ya se ha dicho, todo perjuicio a corto plazo será contrarrestado por los beneficios que obtengan a largo plazo los acreedores, inclusive los acreedores de dicha empresa. La empresa del grupo que reciba los fondos obtendrá un beneficio directo, pero aumentará su endeudamiento en perjuicio de sus acreedores, aunque estos también deberían beneficiarse a largo plazo de los fondos otorgados.

26. Para armonizar los intereses de los acreedores del proveedor de fondos con los de los acreedores de la empresa del grupo que se beneficie de la financiación, puede ser conveniente exigir, respecto de la recomendación 65, que los acreedores consientan en el otorgamiento de tal garantía real o que el perjuicio que puedan sufrir los acreedores sea contrarrestado por los beneficios que les reportará el otorgamiento de la garantía real. La cuestión de los perjuicios o de los beneficios está vinculada a la determinación de la necesidad de obtener fondos tras la apertura y de su autorización conforme a la recomendación 63, y por ello es conveniente que las partes que sean responsables en virtud de dicha recomendación deban responder también de la determinación de los eventuales perjuicios. De conformidad con la recomendación 63, esa parte responsable podría ser el representante de la

insolvencia, el cual tuviera la posibilidad de solicitar la autorización también de los acreedores o del tribunal.

27. Dado que la nueva financiación puede necesitarse con bastante urgencia para mantener el negocio en marcha, es conveniente reducir al mínimo el número de autorizaciones requeridas. En la *Guía Legislativa* (véase la segunda parte, capítulo II, párrafos 105 y 106) se analizan las ventajas y los inconvenientes de las distintas consideraciones que habría que hacer con respecto a la autorización y que también serían aplicables en el contexto de un grupo de empresas. Cabe añadir que, como es probable que las cuestiones que deban determinarse sean más complejas en ese contexto por englobar a un mayor número de partes e implicar relaciones complejas entre ellas, lo más probable es que los representantes de la insolvencia de las empresas pertinentes del grupo sean las partes que estén en mejores condiciones para evaluar las consecuencias del acuerdo de financiación propuesto, del mismo modo que son también las personas más indicadas para determinar la necesidad de nueva financiación según la recomendación 63. No obstante, si se estima conveniente la intervención de los tribunales o de los acreedores, deberá tenerse presente que podrán producirse demoras cuando deba consultarse a un gran número de acreedores o cuando el tribunal no esté en condiciones de adoptar decisiones con celeridad.

28. Cuando se considere conveniente otorgar una garantía real para respaldar nueva financiación dándole un grado de prelación superior al de toda otra garantía real ya constituida sobre el mismo bien, tal como prevé la recomendación 66, serán aplicables, en el contexto del grupo, las salvaguardias pertinentes que se prevén en dicha recomendación y en la recomendación 67.

d) Garantía real o de otra índole para respaldar el reembolso de la financiación concedida tras la apertura

29. La concesión por una empresa del grupo de una garantía de reembolso de la nueva financiación a otra de las empresas no es una situación que se plantee en el caso de un único deudor y, por consiguiente, no se ha regulado en la *Guía Legislativa*. Sin embargo, habida cuenta de que las consideraciones que se plantean son similares a las que se acaban de analizar con respecto al otorgamiento de una garantía real, tal vez sería apropiado adoptar el mismo enfoque, es decir, requerir el consentimiento de los acreedores o la determinación de que los eventuales perjuicios serán contrarrestados por los subsiguientes beneficios.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones sobre la financiación otorgada tras la apertura del procedimiento en lo que respecta a los grupos de empresas tienen por objeto:

a) Facilitar la obtención de crédito para mantener en marcha los negocios de las empresas del grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de los bienes de la masa de la insolvencia de dichas empresas;

b) Facilitar la concesión de fondos por parte de empresas de un grupo, incluso por parte de las que estén sujetas a un procedimiento de insolvencia;

c) Velar por la debida protección de quienes aporten fondos tras la apertura y de las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la concesión de tales fondos; y

d) Fomentar el objetivo de lograr una distribución equitativa de los beneficios y perjuicios entre todas las empresas de un grupo.

Contenido de las disposiciones legislativas

Concesión de fondos, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, por parte de una empresa de un grupo sujeta a tal procedimiento

10. El régimen de la insolvencia debería permitir que la empresa de un grupo que estuviera sujeta a un procedimiento de insolvencia:

a) Adelantara fondos, tras la apertura del procedimiento, a otras empresas del grupo también sujetas al procedimiento;

b) Pignorara sus bienes como garantía para la concesión de fondos, tras la apertura del procedimiento de insolvencia, a otras empresas del grupo también sujetas a dicho procedimiento; y

c) Diera una garantía real o de otra índole para el reembolso de los fondos obtenidos, tras la apertura, por otras empresas del grupo sujetas al procedimiento de insolvencia, siempre y cuando el representante de la insolvencia de la empresa del grupo que conceda los fondos, que pignore sus bienes o que dé una garantía lo estime necesario para mantener en marcha los negocios de dicha empresa del grupo o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de la masa de la insolvencia de tal empresa. El régimen de la insolvencia puede requerir que el tribunal dé su autorización, o que consientan en ello los acreedores de la empresa del grupo que conceda el préstamo, que pignore sus bienes o que dé una garantía.

Prelación de los préstamos otorgados con posterioridad a la apertura

11. El régimen de la insolvencia debería especificar el grado de prelación que debería darse a los préstamos otorgados después de la apertura por una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia a otra empresa del mismo grupo también sujeta a dicho procedimiento. Cuando el régimen de la insolvencia no especifique el grado de prelación, debería autorizarse al tribunal a determinarlo.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

12. El régimen de la insolvencia debería especificar que también una empresa de un grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia podrá otorgar a otra empresa del mismo grupo, también sujeta a un procedimiento de esta índole, una garantía real del tipo mencionado en la recomendación 65 de la *Guía Legislativa* para que reembolse el crédito que se le haya concedido después de la apertura del procedimiento, siempre y cuando los acreedores den su consentimiento o se determine, de conformidad con el régimen de la insolvencia, que todo perjuicio que

sufran eventualmente los acreedores quedará compensado por los beneficios obtenidos gracias al otorgamiento de la garantía real[1].

Garantía real o de otra índole para el reembolso de la financiación otorgada tras la apertura de un procedimiento de insolvencia

13. El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa de un grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia podrá dar una garantía real o de otra índole para el reembolso de los fondos obtenidos, tras la apertura del procedimiento, por otra empresa del grupo también sujeta a un procedimiento de esta índole, siempre y cuando los acreedores den su consentimiento o se determine, de conformidad con el régimen de la insolvencia, que los perjuicios que eventualmente sufran los acreedores quedarán compensados por los beneficios resultantes del otorgamiento de la garantía real o de otra índole que respalde el reembolso.

D. Procedimiento de impugnación

30. En general, las recomendaciones 87 a 99 de la *Guía Legislativa* referentes a la impugnación serían aplicables a la anulación de operaciones en el contexto de un grupo de empresas, aunque cabría hacer otras consideraciones al regular las operaciones realizadas entre empresas de un grupo. Tal vez requiera mucho tiempo y dinero diferenciar la multiplicidad de operaciones internas a fin de determinar si alguna de ellas es eventualmente anulable. Algunas operaciones que podrían considerarse preferentes o sin contravalor suficiente (infravaloradas), si solo se repara en las partes que han intervenido directamente en su concertación, pueden adquirir otra connotación al analizarlas en el contexto más amplio de un grupo de empresas muy integradas, en las que los beneficios y las pérdidas dimanantes de las operaciones podrían repartirse entre más empresas del grupo. Puede ocurrir que los contratos de operaciones de esa índole contengan cláusulas distintas de las que regirían el mismo tipo de contratos con cláusulas comerciales corrientes, celebrados entre partes sin vínculo empresarial alguno, por ejemplo, los contratos cuyo objeto sea la fijación de los precios de transferencia interna[2]. Del mismo modo, podrá ocurrir que algunas operaciones legítimas realizadas en el seno de un grupo de empresas no sean comercialmente viables fuera de ese ámbito si los beneficios y las pérdidas que dimanen de ellas se analizan conforme a los criterios comerciales normales.

---

[1] En las recomendaciones 66 y 67 de la *Guía Legislativa* se enuncian las salvaguardias aplicables al otorgamiento de una garantía real para respaldar la financiación concedida después de la apertura. Esas salvaguardias resultarían aplicables también al otorgamiento de una garantía real en el contexto de un grupo de empresas.

[2] Por fijación de los precios de transferencia interna se entiende la atribución de determinado valor a los bienes y servicios intercambiados en el seno de una organización con múltiples divisiones. Cabe que los bienes de la división productiva se vendan a la de comercialización, o que los bienes de la empresa matriz se vendan a una filial en el extranjero. Los precios de transferencia interna que se fijen incidirán en el reparto de los beneficios totales entre las divisiones de la empresa. Podrá reportar ventajas fijar los precios de tal forma que, al contabilizarlos, la mayor parte de los beneficios se obtengan en un país con bajos impuestos.

31. Las operaciones internas entre empresas del grupo pueden revestir las siguientes formas: tratos comerciales entre empresas del grupo; la transferencia de beneficios de la filial a la empresa matriz; la concesión de préstamos por una empresa a otra para ayudarla a mantener su negocio en marcha; la transferencia de bienes y las garantías entre empresas del grupo; el pago de deudas por una empresa a un acreedor de otra empresa del grupo; el otorgamiento de una garantía o una hipoteca por una empresa del grupo en respaldo de un préstamo concedido a otra empresa del grupo por una parte ajena a él; o una serie de operaciones de otra índole. Es posible que un grupo tenga como norma sacar el máximo provecho comercial del dinero y de los bienes de que dispone en beneficio del grupo en su conjunto, antes que en el de una empresa integrante de tal grupo. Con ese fin podría traspasar dinero en efectivo de las filiales a la empresa integrante del grupo que lo financia. Si bien esa práctica tal vez no sea siempre lo que más convenga a una filial, algunas legislaciones facultan a los directivos de filiales 100% propietarias, por ejemplo, a actuar de ese modo, siempre que ello redunde en beneficio de la empresa matriz.

32. Algunas de las operaciones realizadas en el contexto de un grupo de empresas entran sin duda alguna en las categorías de operaciones anulables conforme a la recomendación 87 de la *Guía Legislativa*. Es posible que otras, en cambio, no entren tan claramente en el ámbito de aplicación de esa recomendación y tal vez haya que determinar hasta qué punto el grupo se administra como empresa única o si los bienes y obligaciones de las empresas integrantes del grupo están muy entremezclados, lo que puede repercutir en la naturaleza de las operaciones efectuadas no solo entre las empresas del grupo sino también entre tales empresas y acreedores externos. Puede haber también operaciones no reguladas por las disposiciones de anulación. Por ejemplo, algunos regímenes de la insolvencia prevén la anulación de los pagos preferentes efectuados a los propios acreedores de un deudor, pero no a los acreedores de una empresa conexa perteneciente al grupo, a menos que el pago se realice, por ejemplo, en virtud de una garantía. Es conveniente que el régimen de la insolvencia especifique que estos factores deberán tenerse en cuenta al determinar si una operación concreta concertada entre empresas de un grupo podrá ser anulable de conformidad con la recomendación 87.

33. Una cuestión que cabría examinar en el contexto de un grupo de empresas es la de si la finalidad de las disposiciones con fines de anulación es proteger las operaciones internas para favorecer al grupo en su conjunto o someter las operaciones internas a un minucioso examen debido a la relación existente entre las empresas del grupo. Es posible que las operaciones entre empresas integrantes de un grupo puedan regularse por las disposiciones de un régimen de la insolvencia aplicables a las operaciones que se realizan entre personas allegadas. En la *Guía Legislativa*, el concepto de "persona allegada" abarca a las empresas integrantes de un grupo, como la empresa matriz, una filial o sucursal de la empresa insolvente del grupo, o una empresa asociada a ella contra la que se haya abierto un procedimiento de insolvencia, o una persona, inclusive una entidad jurídica, que ejerza o haya ejercido algún tipo de control sobre el negocio del deudor. En los regímenes de la insolvencia, las operaciones de esa índole suelen estar sujetas a reglas de anulación más estrictas que las aplicables a operaciones de otro tipo, en particular en lo que respecta a la duración de los períodos de sospecha, así como al establecimiento de presunciones o a la inversión de la carga de la prueba para facilitar los procedimientos de anulación y dispensar del requisito de que el deudor sea

insolvente en el momento de la operación o de que haya pasado a serlo a raíz de esa operación. La aplicación de un régimen más estricto puede justificarse por el hecho probable de que las partes allegadas tienen más posibilidades de salir favorecidas y porque suelen ser las primeras en tener conocimiento, llegado el caso, de que el deudor atraviesa dificultades financieras.

34. La recomendación 97 regula los elementos que deben demostrarse para declarar nula una determinada operación, así como las excepciones que pueden oponerse a tal anulación, y puede ser oportuno analizar cómo se aplicarían esos elementos y esas excepciones en el contexto de un grupo de empresas y si es conveniente adoptar otro enfoque. Una forma de determinar la carga de la prueba en el supuesto de operaciones concertadas con personas allegadas podría consistir, por ejemplo, en especificar que se considera o presume que ha habido la necesaria intencionalidad o mala fe cuando ciertos tipos de operaciones se hayan realizado durante el período de sospecha y en imponer a la otra parte que haya intervenido en la operación la obligación de probar que no fue así. En el contexto de los grupos de empresas, en algunos regímenes de la insolvencia se ha establecido una presunción debatible, consistente en que las operaciones concertadas entre las empresas de un grupo y entre esas empresas y los accionistas del mismo grupo podrían perjudicar a los acreedores y, por consiguiente, quedar sujetas a anulación. Otro criterio consistiría en reconocer, como se ha señalado, que las operaciones concertadas en el seno de un grupo, aunque no sean siempre comercialmente viables, si se realizan al margen del grupo, son por lo general legítimas, especialmente si se llevan a cabo dentro de los límites del derecho aplicable pertinente y en el curso ordinario de los negocios de las empresas del grupo interesadas; sin embargo, esas operaciones deberían estar sujetas a un minucioso examen (de forma muy similar a lo que se recomienda en el caso de los créditos presentados por personas allegadas en la recomendación 184 de la *Guía Legislativa*). Algunos regímenes permiten también que los créditos de las empresas conexas de un grupo estén sujetos a un trato especial y que la satisfacción de los derechos de tales empresas que se hayan adquirido en virtud de acuerdos internos sobre la deuda pueda diferirse o subordinarse a la de los derechos de los acreedores externos de las empresas insolventes.

35. La recomendación 93 prevé la facultad limitada de un acreedor para interponer una acción de anulación con la aprobación del representante de la insolvencia o la autorización del tribunal. En el contexto de un grupo de empresas, el grado de integración del grupo podría repercutir notablemente en la capacidad de los acreedores para determinar con qué empresa del grupo tuvieron tratos y para presentar así la información requerida para recurrir a un procedimiento de impugnación con fines de anulación.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones en materia de anulación tienen por objeto:

a) Reconstituir la integridad de la masa y garantizar el trato equitativo de los acreedores;

b) Dar certidumbre a todo tercero interesado definiendo reglas claras para supuestos en los que una operación efectuada antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, en la que haya intervenido el deudor o que haya afectado a sus bienes, pueda ser considerada perjudicial y sea por tanto anulable;

c) Hacer posible la apertura de un procedimiento para anular toda operación de esa índole; y

d) Facilitar la recuperación de dinero o de bienes en poder de personas que hayan participado en alguna operación anulada.

Finalidad de las disposiciones legislativas

Operaciones anulables

14. El régimen de la insolvencia debería especificar que, al examinar si debe o no ser anulada una operación del tipo mencionado en los apartados a), b) o c) de la recomendación 87 de la *Guía Legislativa* que se haya concertado entre personas allegadas en el contexto de un grupo de empresas, el tribunal podrá tomar en consideración las circunstancias del grupo en el que se haya efectuado la operación. Entre esas circunstancias cabe mencionar: el grado de integración entre las empresas del grupo que hayan intervenido en la operación; la finalidad de la operación; y si, gracias a la operación, las empresas del grupo han obtenido ventajas que normalmente no se otorgarían entre partes no allegadas.

Elementos para obtener la anulación y excepciones alegables

15. El régimen de la insolvencia podrá especificar la manera en que cabrá aplicar los elementos mencionados en la recomendación 97 de la *Guía Legislativa* al impugnar, en el curso de un procedimiento de insolvencia, operaciones en las que intervengan dos o más empresas de un grupo[3].

E. Subordinación

36. En la *Guía Legislativa* se indica (véase la segunda parte, capítulo V, párrafo 56) que la subordinación consiste en un reajuste de los grados de prelación de los acreedores en la insolvencia y que no guarda relación con la validez o la legalidad del crédito. No obstante la validez de un crédito, cabría sin embargo subordinarlo ya fuera mediante un acuerdo voluntario o mediante una orden judicial. Dos tipos de créditos que normalmente pueden subordinarse en caso de insolvencia son los presentados por personas allegadas al deudor y por propietarios accionistas de la empresa del deudor.

1. Créditos de personas allegadas

37. En el contexto de un grupo de empresas, la subordinación de créditos de una persona allegada podría suponer, por ejemplo, que los derechos de las empresas del grupo conforme a los acuerdos internos concertados en el grupo podrían

[3] Es decir, los elementos que habrán de probarse para obtener la anulación, la carga de la prueba, las excepciones invocables contra la impugnación, y la aplicabilidad de ciertas presunciones.

subordinarse a los créditos de los acreedores externos de las empresas del grupo que estuvieran sujetas a un procedimiento de insolvencia.

38. Como ya se ha señalado, el concepto de "persona allegada", según se emplea en la *Guía Legislativa*, incluiría a las empresas integrantes de un grupo de empresas. No obstante, el mero hecho de que exista una relación especial con el deudor, como, por ejemplo, en el contexto de un grupo de empresas el hecho de constituir una empresa más del mismo grupo, puede no resultar suficiente en todos los casos para justificar que se dispense un trato especial al crédito de un acreedor. En algunos casos, esos créditos serán totalmente transparentes y deberían tratarse del mismo modo que créditos similares presentados por acreedores que no sean personas allegadas; en otros casos, pueden engendrar sospechas y merecerán una especial atención. Es posible que un régimen de la insolvencia necesite prever un mecanismo para determinar esos tipos de conductas o situaciones en que los créditos merecerán una mayor atención. Como se señala más arriba, se aplicarán consideraciones similares a la anulación de toda operación concertada entre empresas de un grupo.

39. En la *Guía Legislativa* se especifica una serie de situaciones en las que podría justificarse dar un trato especial al crédito de una persona allegada (por ejemplo, cuando el deudor tenga una grave deficiencia de capital y cuando se disponga de pruebas de que se ha actuado en provecho propio). En el contexto de un grupo de empresas, otras consideraciones que cabría tener en cuenta, entre una empresa matriz y una filial controlada, serían la participación de la empresa matriz en la gestión de la filial; el hecho de que la empresa matriz haya tratado de manipular las operaciones realizadas entre empresas del grupo en beneficio propio y a expensas de los acreedores externos; o la cuestión de si la empresa matriz ha actuado de algún otro modo injusto, en perjuicio de los acreedores y accionistas de la empresa del grupo controlada. En algunos regímenes, la existencia de tales circunstancias puede dar lugar a que la sociedad matriz subordine sus créditos a los de acreedores no garantizados inconexos o incluso de accionistas minoritarios de la empresa controlada.

40. Algunos regímenes prevén otros enfoques de las operaciones internas de un grupo de empresas, como la autorización de que las deudas contraídas por una empresa del grupo, que solicitó un crédito en virtud de un acuerdo sobre préstamos dentro del grupo, queden involuntariamente subordinadas a los derechos de los acreedores externos de la empresa que haya solicitado el crédito; la autorización de que el tribunal examine los acuerdos financieros concertados en el grupo con el fin de determinar si los fondos particulares concedidos a una empresa de un grupo deberían considerarse una contribución en capital social, más que un préstamo, cuando el régimen subordine las contribuciones en capital social a los créditos de los acreedores (sobre el trato dado al capital social, véase más abajo); y la autorización de la subordinación voluntaria de créditos internos del grupo a los de los acreedores externos.

41. El resultado práctico de una orden de subordinación, en el contexto de un grupo de empresas, podría ser la reducción o la cancelación efectiva de todo reembolso a las empresas de ese grupo cuyos créditos hayan sido subordinados, si el importe de los créditos de los acreedores garantizados y ordinarios ajenos al grupo es muy superior a la suma de los fondos disponibles para la distribución. En algunos casos, esto podría poner en peligro la viabilidad de la empresa subordinada del grupo y perjudicar no solo a sus propios acreedores sino también a sus accionistas y,

en caso de reorganización, al grupo de empresas en su conjunto. La adopción de un criterio consistente en subordinar esos créditos puede desalentar la concesión de créditos entre las empresas de un grupo.

2. Trato dado al capital social

42. La *Guía Legislativa* señala (véase la segunda parte, capítulo V, párrafo 76) que en muchos regímenes de la insolvencia se hace la distinción entre los créditos de los propietarios y los de los accionistas que pueden derivarse de préstamos concedidos al deudor o de su derecho de propiedad sobre el patrimonio del deudor. En lo que respecta a los créditos dimanantes del capital social, en muchos regímenes de la insolvencia se adopta la regla general de que los propietarios y los accionistas de la empresa no tienen derecho a la distribución del producto de los bienes hasta que se hayan reembolsado íntegramente todos los créditos que gocen de un mayor grado de prelación (inclusive los créditos por concepto de intereses devengados desde la apertura). Como tales, esos propietarios y accionistas raras veces recibirán una parte de lo distribuido por concepto de sus derechos sobre el deudor. Cuando se hace una distribución, generalmente se efectúa de conformidad con la clasificación de las acciones especificada en el derecho de sociedades y en la escritura de constitución de la empresa. Sin embargo, no siempre se subordinan los créditos en concepto de deuda, como los relativos a préstamos.

43. Pocos son los regímenes de la insolvencia que regulan expresamente la subordinación de créditos de capital social en el contexto de los grupos de empresas. Un régimen que sí la regula permite a los tribunales examinar los acuerdos financieros entre las empresas de un grupo para determinar si ciertos fondos que se hayan entregado a una de las empresas que ahora esté sujeta a un procedimiento de insolvencia deberán tratarse como aportaciones de capital social (lo cual permite subordinarlos a los créditos de los acreedores), y no como préstamos internos. Es probable que esos fondos sean considerados capital social: cuando el coeficiente original entre la deuda y el capital social haya sido alto antes de que se aportaran los fondos y de que estos redujeran el coeficiente; cuando el capital en acciones pagado sea insuficiente; cuando resulte improbable que un acreedor externo haya concedido un préstamo en las mismas circunstancias; y cuando las condiciones en que se haya efectuado el anticipo no sean razonables y no haya perspectivas verosímiles de reembolso.

44. En la *Guía Legislativa* se analiza el tema de la subordinación en el contexto del trato dado a los créditos y a su grado de prelación, pero no se recomienda que el régimen de la insolvencia subordine ningún tipo concreto de crédito; simplemente se señala que los créditos subordinados tendrían un grado de prelación inferior a los de los acreedores ordinarios no garantizados (véase la recomendación 189).

[*En el documento A/CN.9/WG.V/WP.82 figura una introducción al tema de los grupos de empresas; en A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1 se abordan las cuestiones de la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia y de la apertura en sí (solicitudes conjuntas y coordinación procesal); en A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3 se examinan los remedios (la extensión de la responsabilidad, las órdenes de contribución financiera y la consolidación patrimonial), los participantes en los procedimientos (un único representante de la insolvencia) y los planes de reorganización; y en A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4 se tratan cuestiones de ámbito internacional.*]

A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 35º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

Párrafos

VI. Remedios disponibles . . . 1-41

A. Extensión de la responsabilidad . . . 4-9

B. Orden judicial de contribución financiera . . . 10-13

C. Consolidación patrimonial . . . 14-41

1. Introducción . . . 14-20

2. Circunstancias que justifican la consolidación . . . 21-22

3. Legitimidad y oportunidad de una solicitud de consolidación . . . 23-26

4. Intereses encontrados a raíz de una consolidación . . . 27-33

5. Notificación que ha de darse a los acreedores . . . 34-36

6. Efecto de una orden de consolidación patrimonial . . . 37-38

7. Modificación de una orden . . . 39

8. Consolidación parcial . . . 40

9. Tribunal competente . . . 41

VII. Participantes . . . 42-47

A. Nombramiento de un representante de la insolvencia . . . 42-47

1. Coordinación procesal . . . 42-44

2. Nombramiento de un único representante de la insolvencia . . . 45-46

3. Deudor en posesión del negocio . . . 47

VIII. Reorganización de dos o más empresas de un grupo . . . 48-55

1. Un único plan de reorganización . . . 49-53

2. Inclusión de una empresa solvente del grupo en un plan de reorganización . . . 54-55

VI. Remedios disponibles

1. Por razón de su propia índole y de la forma en que actúan, cabe que exista una compleja red de operaciones financieras entre los miembros de un mismo grupo de empresas, y que los acreedores, en vez de negociar por separado con una de las empresas del grupo, lo hayan hecho con varias de ellas a la vez o, incluso, con el grupo como entidad económica única. Disociar la titularidad de los derechos y obligaciones y determinar quiénes son los acreedores de cada empresa del grupo tal vez requiera una compleja y costosa indagación judicial. Sin embargo, dado que la observancia del principio de la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo significa que cada una de ellas habrá de responder únicamente de sus propias deudas frente a sus acreedores, al abrirse un procedimiento de insolvencia contra una o más empresas de un mismo grupo, podrá ser necesario delimitar el activo y el pasivo de cada una de ellas.

2. Si se consigue delimitar o disociar el patrimonio de cada empresa del grupo y si se aplica el principio de la personalidad independiente de cada empresa, el acreedor podrá cobrar sus créditos únicamente con cargo al patrimonio de su empresa deudora. Si dicha disociación resulta imposible, o si existen otros motivos para tratar al grupo como entidad económica única, algunas legislaciones han previsto remedios para soslayar el principio de la personalidad independiente de cada empresa. Históricamente, se buscaron dichos remedios para subsanar lo que se percibía como un funcionamiento ineficiente e injusto del principio tradicional de la personalidad independiente de cada empresa en ciertos casos que atañen a empresas pertenecientes a un mismo grupo. Además de anular las operaciones entre las empresas de un mismo grupo o de subordinar los préstamos internos del grupo, se idearon soluciones como la de hacer extensiva a empresas solventes del grupo, así como a su personal directivo y a ciertos accionistas, la responsabilidad por las deudas externas de otros miembros de dicho grupo; o la de ordenar por vía judicial cierta aportación financiera, o incluso la consolidación de los patrimonios de dos o más empresas del grupo en una masa única. Algunos de estos remedios requieren que se dictamine que ha habido culpa, en tanto que otros solo requieren que se comprueben ciertos hechos en el funcionamiento interno del grupo. En otros casos, en particular si se presentan denuncias de mala gestión, tal vez proceda adoptar otras medidas, como la de destituir al personal directivo inculpado o la de limitar su participación en la reorganización de la empresa.

3. Dada la injusticia que puede suponer que un miembro solvente de un grupo se vea obligado a compartir su activo y su pasivo con otro miembro menos solvente del mismo grupo, la solución consistente en soslayar el principio de la personalidad independiente de cada empresa no estará siempre disponible y solo será aplicable en ciertos casos y en circunstancias especiales. Todo remedio que conlleve extender a otros la responsabilidad de una empresa insolvente puede suponer que se haya de "levantar el velo" de la personalidad jurídica de cada empresa del grupo, lo que puede llevar a que algún accionista sea tenido por responsable de ciertas actividades que normalmente no le competían. Algunos otros remedios que se examinan a continuación y que, en principio, no suponen levantar el velo de la personalidad propia de una empresa, pueden dar lugar en ciertos casos a efectos similares.

A. Extensión de la responsabilidad

4. La extensión de la responsabilidad por las deudas externas y, en algunos casos, por los actos del miembro de un grupo declarado insolvente a otros miembros solventes del mismo grupo y a los titulares de ciertos cargos directivos de una empresa es un remedio que el derecho interno ofrece en algunos países al acreedor en función de las circunstancias del caso y de la relación existente entre dicho acreedor y su deudor.

5. En muchos países, la ley reconoce supuestos en los que cabe hacer excepción al principio de responsabilidad limitada de una sociedad mercantil, exigiéndose responsabilidad a otra empresa del grupo o a ciertos cargos de la misma por los actos o las deudas de otro miembro del mismo grupo. En algunos casos la ley definirá estrictamente las circunstancias en las que dicha excepción pueda ser invocada, mientras que en otros se deja a los tribunales un amplio margen para evaluar cada caso a la luz de ciertas directrices. En ambos casos, el motivo para hacer extensiva la responsabilidad será la relación existente, en términos de dominio y control, entre la entidad insolvente y toda otra empresa allegada del mismo grupo. Otro factor importante pudiera ser la relación que haya mantenido la empresa solvente del grupo con los acreedores de la empresa que sea objeto del procedimiento de insolvencia.

6. Aunque las circunstancias en que cabe extender la responsabilidad varían según las legislaciones, cabe en general agruparlas conforme a las categorías siguientes. Sin embargo, debe señalarse que no todos los ordenamientos prevén dichas categorías y que es probable que algunas de ellas se solapen:

a) uso indebido o abuso por una empresa del grupo (quizá la sociedad matriz) del control que ejerce sobre otra empresa del grupo, explotándola, por ejemplo, en condiciones deficitarias en provecho de la sociedad matriz;

b) conducta fraudulenta del accionista dominante, que puede consistir en desviar partidas del activo de una filial o en aumentar su pasivo, o en administrar la filial con intención de defraudar a ciertos acreedores;

c) explotar una filial a título de mero agente, fiduciario o socio de la sociedad matriz;

d) llevar los negocios del grupo en su conjunto o de una filial de manera que pueda redundar en perjuicio de ciertas categorías de acreedores (por ejemplo, contrayendo obligaciones con los empleados de una empresa del grupo);

e) fragmentar artificialmente una empresa en varias sociedades a fin de evadir ciertas responsabilidades; no respetar la personalidad propia de cada empresa del grupo, ignorando tal vez el principio de la responsabilidad limitada de cada una de ellas o confundiendo sus activos sociales; o crear una estructura social del grupo puramente ficticia, creando, por ejemplo, sociedades que sean un mero artilugio para eludir obligaciones legales o contractuales;

f) capitalización inadecuada de una sociedad que la prive del capital requerido para ejercer su actividad mercantil. Dicha insuficiencia del capital tal vez remonte al momento de constituirse la sociedad o se deba al agotamiento del capital por reembolsos indebidos a los accionistas o la distribución de beneficios excesivos;

g) falseamiento de la naturaleza del grupo, haciendo creer a los acreedores que tratan con una empresa única, cuando lo están haciendo con un simple miembro del grupo;

h) actuación indebida, que se da, por ejemplo, cuando una persona, o un miembro del grupo, haya de indemnizar a otra entidad por fraude, el incumplimiento de un deber o algún otro acto culpable que sea causante de daños personales o ecológicos importantes;

i) ejercicio indebido del comercio, que se da, por ejemplo, cuando un directivo de una empresa incumple su deber de supervisar que la empresa está en condiciones de proseguir su negocio a la luz de su situación financiera, y no solicita la apertura de un procedimiento de insolvencia, pese a estar obligado a hacerlo, en un plazo contado a partir de la fecha en que la entidad pase a ser insolvente, o si dicho directivo permite que una empresa del grupo contraiga deudas o la induce a hacerlo, cuando es ya insolvente o puede pasar a serlo; y

j) inobservancia de un deber reglamentario, como sería el de llevar con regularidad la contabilidad de una filial.

7. En general, no se considera que el mero hecho de que una sociedad matriz controle o domine una filial o de que haya alguna otra forma de integración económica estrecha en el seno de un grupo de empresas sea motivo suficiente para ignorar la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo o para no respetar su condición de tal.

8. En varios de los ejemplos en que la responsabilidad tal vez pueda hacerse extensiva a la sociedad matriz o a toda otra sociedad que controle a una empresa insolvente, esa responsabilidad pudiera también extenderse a los miembros de la junta directiva de la empresa matriz o dominante (a quienes cabe describir como directivos de facto o virtuales de la filial). Si bien los directivos de una empresa han de asumir sus deberes para con ella, los directivos de una empresa integrante de un grupo pueden sentirse obligados a compaginar esos deberes con los intereses comerciales y financieros generales del grupo. Hacer prosperar los intereses del grupo puede entrañar, por ejemplo, que en determinadas circunstancias se hayan de sacrificar los intereses de algunos de sus miembros. Entre los factores que se han de considerar a la hora de determinar si los directivos de una empresa dominante son personalmente responsables de las deudas y actos de una empresa controlada cabe citar los de si hubo participación directa en la gestión de la entidad controlada, o negligencia grave o fraude en la gestión de la empresa insolvente, o abuso de poder u omisión de la diligencia debida por parte de los directivos de la sociedad matriz, o el de si la gestión de la entidad controlada fue causa directa de su insolvencia. En algunos países, cabe también exigir responsabilidad penal a los directivos. A la hora de extender la responsabilidad suele resultar particularmente difícil probar, a la vez, la culpabilidad de la gestión y la intervención de facto o virtual de la sociedad de cartera en dicha gestión.

9. Hay también leyes que prevén que una sociedad matriz se haga responsable de la deuda de una filial, ya sea por estipulación contractual, en particular, cuando el acreedor sea un banco, u otorgando una contragarantía. Conforme a otras leyes, que prevén diversas formas de integración de los grupos de empresas, cabe que la sociedad principal sea considerada solidariamente responsable frente a los

acreedores de las empresas del grupo por las obligaciones nacidas tanto antes como después de formalizarse la integración.

B. Orden judicial de contribución financiera

10. Cabe que un tribunal ordene a un miembro solvente del grupo que contribuya cierta suma para sufragar plena o parcialmente las deudas de otro miembro del grupo contra el que se haya abierto un procedimiento de insolvencia. Si bien el régimen de la insolvencia rara vez ha previsto esta medida, algunos países la han adoptado ya o están estudiando hacerlo, pero limitando su uso, en general, a casos en que se proceda a la liquidación de la empresa insolvente.

11. Algunas de las cuestiones que se mencionan a continuación tal vez no hayan de ser reguladas expresamente en el régimen de la insolvencia dado que tal vez se hayan previsto ya remedios al respecto en otras leyes en materia de ejercicio indebido del comercio o de responsabilidad comercial.

12. En aquellos países que sí han previsto la emisión de una orden de contribución financiera, cabe que el problema suscitado por la necesidad de conciliar los intereses de dos o más grupos de acreedores ordinarios que hayan negociado por separado con dos o más empresas del grupo haga que el tribunal se abstenga de recurrir a esta medida. Los tribunales han adoptado en ocasiones el parecer de que ordenar una contribución financiera plena sería improcedente en todo supuesto en que dicha orden suponga una amenaza a la solvencia de la empresa que no esté aún en liquidación, aunque tal vez resulte posible ordenar una contribución financiera parcial limitada a algunos de los bienes de la empresa solvente, como pudiera ser una contribución limitada al saldo restante una vez satisfechas las obligaciones de buena fe de la empresa aún solvente del grupo.

13. En un país que sí ha previsto la orden de contribución financiera, el tribunal ha de tener en cuenta ciertos factores al considerar si debe o no emitir dicha orden. Cabe citar los siguientes: la medida en que la entidad allegada del grupo haya intervenido en la gestión de la empresa en liquidación; la conducta observada por la entidad allegada hacia los acreedores de la empresa en liquidación, aun cuando no baste para emitir dicha orden que los acreedores se hayan fiado de la relación existente entre los miembros del grupo; la medida en que los hechos que dieron lugar a la liquidación sean imputables a la entidad allegada; la conducta del miembro solvente del grupo, tras la apertura de un procedimiento de liquidación, respecto del miembro insolvente, particularmente si dicha conducta repercute directamente sobre los acreedores del miembro insolvente del grupo, como pudiera ser el incumplimiento de un contrato entre los dos miembros del grupo; y todo otro asunto que el tribunal estime oportuno[1]. Tal vez sea también posible obtener dicha orden en casos en los que, por ejemplo, una filial sea culpable de lesiones personales importantes o la empresa matriz haya permitido que su filial prosiga su negocio tras haber incurrido en insolvencia.

[1] *New Zeland Companies Act 1993*, Sections 271 (1) (a) and 272 (1).

C. Consolidación patrimonial

1. Introducción

14. Conforme se dijo al ordenarse la coordinación procesal, el activo y el pasivo de los deudores permanecen diferenciados e independientes, y los créditos de los reclamantes no se ven afectados. En cambio, si se ordena una consolidación, el tribunal que sustancie el procedimiento de insolvencia, contra dos o más empresas del mismo grupo, podrá ignorar, si lo estima oportuno, la personalidad jurídica propia de cada una de ellas y ordenar que se consoliden sus activos y pasivos como si pertenecieran a una única entidad. Dicha consolidación crea una masa única de la insolvencia en provecho general de todos los acreedores de las empresas cuyo patrimonio se haya consolidado. Muy pocos países disponen de leyes que autoricen la emisión de una orden de consolidación y, en aquellos donde está autorizada esta medida, su empleo suele ser muy raro. Lo que más inquieta es el hecho de que la consolidación ignore el principio de la personalidad jurídica propia de cada miembro del grupo, que es lo que permite estructurar al grupo de empresas de modo que responda a diversos cometidos comerciales y adaptarlo ventajosamente a la normativa fiscal y al derecho de sociedades y los reglamentos aplicables a la gestión de empresas. Por ello mismo, si los tribunales ordenaran rutinariamente la consolidación patrimonial, se perderían muchas de las ventajas dimanantes de la flexibilidad estructural de un grupo de empresas.

15. Pese a la ausencia de una autorización legal directa o de una norma preceptiva acerca de las circunstancias en las que podrá emitirse una orden de consolidación patrimonial, los tribunales de algunos países han desarrollado en su práctica jurisdiccional estas órdenes, definiendo los supuestos en los que procederá dictarlas. Esta práctica supone un reconocimiento judicial de la creciente utilización de este tipo de estructuras empresariales para fines tanto comerciales como fiscales. Las circunstancias que justificarían una orden de consolidación siguen siendo, no obstante, escasas, limitándose a supuestos en los que la integración de los miembros de un grupo, a través de vínculos internos de control o de propiedad, dificultan o hacen prácticamente imposible, en términos del tiempo y los recursos requeridos, disociar o declinar el activo y el pasivo de cada miembro integrante del grupo.

16. La consolidación suele ser evocada en el contexto de la liquidación y solo suele estar autorizada en dicho contexto. No obstante, existen proyectos de ley que permitirían la consolidación en el marco de diversos tipos de reorganización. En países donde no se ha legislado en la materia, cabe la posibilidad de que se dicten mandatos de consolidación tanto en casos de liquidación como de reorganización, si se estima que dicho mandato facilitaría la reorganización del grupo. Aunque lo habitual sea que la consolidación sea impuesta por mandato judicial, cabe también que sea consensuada entre todas las partes interesadas, y algunos comentaristas sugieren que no es raro que las empresas de un mismo grupo concierten entre sí y con sus acreedores una reorganización consensuada, incluso en supuestos en los que los tribunales suelen admitir las objeciones de los acreedores contra la consolidación. La consolidación es también posible como fruto de un plan de reorganización, dado que el régimen de la insolvencia de algunos países permite que se incluya en el plan una propuesta para consolidar a la empresa deudora con otros miembros del mismo grupo, solventes o insolventes, aun cuando dicha propuesta habrá de ser aprobada por los acreedores.

17. La consolidación estaría justificada en supuestos en los que permita acrecentar el valor a repartir entre los acreedores, ya sea por razón de la relación estructural existente entre los miembros del grupo y la forma en que administran financiera y comercialmente sus negocios, o por razón del valor de cierta propiedad intelectual utilizada en común por las empresas del grupo para la fabricación de sus productos o incorporada a ellos. También estaría justificada si no existe una separación auténtica entre las empresas de un grupo, o si la estructura del grupo se mantiene únicamente para eludir fraudulentamente medidas reglamentarias o de control.

18. Las principales inquietudes que suscita la consolidación, además de la de que ignora la personalidad jurídica propia de cada miembro, dimanan de la injusticia que puede suponer para los acreedores de un miembro solvente del grupo un reparto por partes iguales de la masa consolidada con los acreedores de otros miembros menos solventes del grupo, así como del hecho de que no se sepa a ciencia cierta si las ventajas reportadas a los acreedores en general serán superiores a las desventajas que la consolidación puede reportar a algunos de los acreedores en particular. Tal vez algunos acreedores se hayan fiado correctamente del patrimonio de una de las empresas del grupo al negociar con ella, por lo que no se les debería privar de un reembolso pleno de sus créditos por razón de que dicha empresa mantuviera una relación con otro miembro insolvente del grupo, de la que dichos acreedores no tuvieran conocimiento. Cabe, no obstante que otros acreedores se hayan fiado del patrimonio del grupo en su conjunto, por lo que se sentirían defraudados si su derecho al reembolso de su crédito quedaba limitado a los bienes de un solo miembro del grupo.

19. Dado que la consolidación supone la mancomunación de los bienes de distintas empresas de un grupo, no suele incrementar la suma cobrada por cada acreedor, sino que más bien tiende a nivelar lo que se reembolsa a cada uno, incrementando los importes que perciben algunos de ellos a expensas de lo que cobran otros. Además, la consolidación de patrimonios se presta a que los acreedores más importantes y mejor defendidos obtengan reembolso con cargo a bienes a los que no deberían tener acceso, o puede dar lugar a la interposición de recursos por los acreedores disconformes con la consolidación, lo que prolongaría el procedimiento de insolvencia, y mermaría la seguridad y ejecutoriedad de ciertas garantías reales (si se anulan los créditos internos del grupo a resultas de la consolidación, todo acreedor con una garantía sobre dichos créditos la perdería).

20. La consolidación afectará por lo general a los miembros insolventes del grupo, pero algunos regímenes de la insolvencia permiten en ocasiones que se extienda a un miembro aparentemente solvente del grupo cuando los negocios de dicho miembro estén de tal modo vinculados a los de otros miembros insolventes que la consolidación resulte procedente o cuando una investigación haga ver que, a resultas de dicha vinculación, la empresa solvente ha dejado de serlo o que su personalidad jurídica es una mera fachada. En estos casos, cabe que los intereses garantizados de los acreedores del miembro solvente aconsejen limitar la consolidación al capital social neto del miembro solvente, una vez que se hayan satisfecho las garantías de sus acreedores.

2. Circunstancias que justifican la consolidación

21. Varios factores se han considerado cruciales a la hora de determinar si se justifica o no ordenar una consolidación de patrimonios, tanto en la legislación que autoriza las órdenes de consolidación como en la práctica de los tribunales que han impulsado su utilización. Corresponde en cada caso ponderarlos entre sí, dado que ninguno de ellos es necesariamente decisivo ni es preciso que se den todos ellos en un determinado caso. Cabe citar los siguientes: la existencia de estados financieros consolidados del grupo; la utilización de una única cuenta bancaria para todas las empresas del grupo; la comunidad de intereses y la mancomunación de bienes entre las empresas del grupo; la dificultad que suponga deslindar el activo y el pasivo de cada empresa; los gastos generales, contables, de gestión o afines que compartan las distintas empresas del grupo; la existencia de préstamos internos y de garantías recíprocas entre las empresas del grupo; el hecho de que se hayan traspasado bienes o de que los fondos hayan circulado de una empresa a otra por razones de conveniencia sin cumplir los requisitos formales del caso; el grado de suficiencia del capital; la mezcla de bienes o de operaciones comerciales; el nombramiento de personal directivo o de gestión compartido y la celebración de reuniones combinadas de sus juntas directivas; la utilización de una sede en común; tratos fraudulentos con acreedores; la práctica de inducir a los acreedores a negociar con el grupo como entidad única, creando así confusión entre los acreedores al no saber con cuál de las empresas estaban tratando, o de difuminar los límites jurídicos de las empresas del grupo; o las ventajas que la consolidación suponga para la reorganización del grupo o para los acreedores.

22. Si bien todos estos factores pueden ser importantes, ciertos tribunales centran su atención en algunos de ellos en particular, como sería el hecho de que los negocios del grupo estén de tal modo entrelazados que separar el activo y el pasivo de cada miembro supondría una enorme pérdida de tiempo y dinero o el de que se hayan cometido actos fraudulentos o llevado a cabo negocios carentes de toda finalidad legítima. El tipo de fraude aquí contemplado no es el que pueda haber ocurrido en alguna operación habitual de una empresa, sino la ausencia de una finalidad comercial legítima, que constituya la razón de ser de la empresa o que justifique la actividad comercial a la que se dedique. Cabe citar el caso de una empresa deudora que transfiera una parte importante de su activo a una empresa recién formada o a otras empresas que le pertenezcan, con miras a conservar dicho activo en provecho propio y en fraude de sus acreedores. Constituiría asimismo una trama fraudulenta el simular un contrato que no refleje la verdadera intención de las partes o que no produzca efecto alguno entre ellas o que produzca un efecto distinto del que se haya estipulado en el contrato, es decir, un contrato simulado.

3. Legitimidad y oportunidad de una solicitud de consolidación

23. El régimen de la insolvencia debería resolver la cuestión de la legitimidad y oportunidad de una solicitud de consolidación. Para saber quién estará legitimado para presentar una solicitud, tal vez proceda seguir el enfoque adoptado en la recomendación 14 de la *Guía Legislativa* respecto de la parte habilitada para solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia. Tratándose de grupos de empresas, debería estar habilitado cualquier miembro interesado del grupo o acreedor de dicho miembro. Debería admitirse también la solicitud presentada por el representante de la insolvencia de cualquier miembro del grupo, dado que el

representante será a menudo la persona que disponga de más información acerca de otras empresas del grupo, por lo que podrá juzgar acerca de la conveniencia de solicitar la consolidación patrimonial.

24. Aunque algunos Estados hayan previsto que el tribunal actúe de oficio si estima oportuno ordenar la consolidación patrimonial, la gravedad de la medida obliga, por razones de equidad, a que las partes afectadas sean escuchadas y puedan impugnar la medida. No procede, por ello, que el tribunal esté habilitado para actuar de oficio. Cabe recordar que la *Guía Legislativa* no suele habilitar al tribunal para actuar de oficio en asuntos de tanta gravedad.

25. Dado que los factores que pueden justificar la consolidación patrimonial no son siempre evidentes o seguros al declararse abierto un procedimiento de insolvencia, sería aconsejable que el régimen de la insolvencia adopte un criterio flexible al determinar la oportunidad de la solicitud de consolidación patrimonial. Cabría presentar dicha solicitud al presentarse la solicitud de apertura del procedimiento o en todo momento ulterior de un procedimiento ya abierto, aun cuando en la práctica es poco probable que una consolidación resulte viable en una etapa tardía de un plan de reorganización en marcha. Si se ordena la consolidación tras la apertura de un procedimiento, tal vez se hayan resuelto ya ciertas cuestiones concernientes a la presentación y la admisión de los créditos o que se haya dado curso a decisiones adoptadas respecto de algún miembro del grupo. Sería conveniente que la orden consolide las actuaciones en curso y preserve todo derecho ya adquirido. Cabría, por ello, declarar que todo crédito ya admitido frente a un miembro del grupo será tenido por admitido frente a la masa patrimonial consolidada.

26. Cabría seguir el mismo enfoque al agregar algún otro miembro a una consolidación patrimonial. En el curso de la administración de un procedimiento tal vez se estime oportuno incluir en la masa consolidada el patrimonio de algún otro miembro del grupo, con tal de que se den al respecto las razones que justificaron la consolidación inicial. Si la consolidación inicial se hizo con el consentimiento de los acreedores, o si se les dio a los acreedores la oportunidad de impugnarla, la adicción del patrimonio de otro miembro en una etapa ulterior de las actuaciones podría alterar lo convenido inicialmente o lo notificado inicialmente a los acreedores. En dicho caso, sería conveniente volver a dar a los acreedores la oportunidad de pronunciarse acerca de la ampliación sugerida. Si la consolidación se ordena tras haberse efectuado una distribución parcial a los acreedores de uno de los miembros, procedería traer a colación lo ya distribuido de tal modo que un acreedor que haya sido reembolsado parcialmente con cargo a uno de los miembros del grupo no pueda resarcirse frente a la masa consolidada hasta que los demás acreedores hayan obtenido una retribución parcial de sus créditos proporcional a la ya obtenida, antes de la consolidación, por algunos de los acreedores.

4. Intereses encontrados a raíz de una consolidación

27. En el contexto de la consolidación deberán tenerse en cuenta los intereses encontrados no solo de los acreedores de las distintas empresas de un grupo sino también los de los accionistas de las distintas empresas del grupo y, en particular, los de los accionistas de algunas empresas, pero que no lo son de otras; y los de los acreedores garantizados y privilegiados de cada empresa consolidada del grupo.

a) Propietarios y accionistas

28. Muchos regímenes de la insolvencia siguen la regla general de dar primacía a los acreedores sobre los propietarios y accionistas de la empresa, de modo que los créditos de estas dos últimas categorías quedan subordinados a todos los demás en el orden de prelación que rige la distribución de la masa de la insolvencia. Ello suele dar lugar a que los propietarios y los accionistas no perciban suma alguna. Cabe, no obstante, que los accionistas de algunas empresas de un mismo grupo, cuyo activo sea superior a su pasivo, reciban cierta suma, en tanto que los acreedores de otras empresas del grupo, cuya situación patrimonial sea inversa, no perciban nada. Si la regla general de dar prelación a los acreedores sobre los accionistas se aplica al grupo en su conjunto a raíz de su consolidación, todo acreedor de una empresa del grupo pasará por delante de los accionistas de cualquier empresa del grupo.

b) Acreedores garantizados

29. La *Guía Legislativa* examina la posición del acreedor garantizado en un procedimiento de insolvencia y adopta el criterio de que, por regla general, debe reconocerse en un procedimiento de insolvencia la oponibilidad y prelación de una garantía real válida, preservándose el valor del bien gravado. Ese criterio será igualmente aplicable al acreedor garantizado en el contexto de un grupo de empresas. La *Guía Legislativa* reconoce también que el régimen de la insolvencia puede prever algún trato especial para los bienes gravados que, salvaguardando su valor, permita utilizarlos al servicio de su política comercial y económica en materia de insolvencia (véase segunda parte, capítulo II, párrafo 59).

30. En una consolidación se plantearán cuestiones como la de si una garantía constituida sobre la totalidad o parte del patrimonio de una empresa de un grupo podrá ser extendida, a raíz de la consolidación, al patrimonio de otra empresa del grupo o si quedará circunscrita al patrimonio de la empresa inicialmente gravada; o la de si un acreedor garantizado con cobertura insuficiente podrá presentar una reclamación, a título de acreedor ordinario, frente a la masa consolidada, contra la parte de su crédito no cubierta por su garantía; y la de si un acreedor garantizado interno (es decir, una empresa del mismo grupo) debe ser tratado de modo distinto que los acreedores garantizados externos. A dicho respecto, tal vez proceda prever soluciones distintas según que la garantía recaiga sobre determinados bienes o sobre la totalidad del patrimonio de una empresa. Permitir que la garantía de un acreedor garantizado sea extendible a la masa consolidada mejoraría la situación del acreedor garantizado a expensas de los demás acreedores.

31. Tratándose de los acreedores garantizados externos, tal vez proceda excluirlos de la consolidación, efectuando lo que vendría a ser una consolidación parcial. Cabría prever soluciones especiales para los acreedores garantizados que se hayan fiado, por ejemplo, de la personalidad independiente de cada miembro del grupo o de una garantía entre miembros del mismo grupo. Cuando un bien gravado sea requerido como factor clave para la reorganización de una empresa, cabría prever soluciones algo distintas, como la de permitir que el tribunal ordene la consolidación en términos que permitan que dichos bienes sigan cumpliendo su función o la de negociar el consentimiento del acreedor afectado. Cabría también prever que un acreedor garantizado renuncie, a raíz de la consolidación, a su

gravamen, con tal de que la suma debida pase a ser pagadera por las entidades consolidadas.

32. Tal vez proceda también considerar el caso de los acreedores garantizados internos. Con arreglo al derecho interno cabe que las garantías reales internas del grupo sean anuladas, pasando el acreedor garantizado interno a ser un acreedor ordinario, o que sean subordinadas o modificadas de algún otro modo.

c) Acreedores privilegiados

33. El trato que procede dar a los acreedores privilegiados suscita cuestiones similares. En la práctica, cabe que se vean beneficiados o perjudicados por la mancomunación de los bienes del grupo, al igual que sucede con los acreedores ordinarios. Cuando la prelación de sus créditos se haya asignado, como en el caso de las prestaciones sociales de los empleados o los créditos fiscales, en el marco de cada empresa en particular, habrá que determinar de nuevo el orden de prelación de dichos créditos privilegiados en el marco del grupo consolidado, especialmente cuando los intereses de los empleados de una y otra empresa se vean opuestamente afectados. Por ejemplo, está claro que los intereses de los empleados de una empresa con un activo superior a su pasivo se verán más diversamente afectados por la consolidación que los de los empleados de otra empresa del mismo grupo cuya situación patrimonial sea la inversa. Si bien cabe prever que, por lo general, los acreedores privilegiados mejoren su posición a expensas de los acreedores ordinarios de las empresas consolidadas, cabe también prever que los acreedores privilegiados de cada empresa hayan de moderar sus expectativas iniciales al tener que computar entre todos ellos sus créditos privilegiados frente a la masa única del grupo consolidado.

5. Notificación que ha de darse a los acreedores

34. Cabe prever que una solicitud de consolidación sea objeto de los mismos requisitos, en materia de notificación, que una solicitud para la apertura de un procedimiento con arreglo a la *Guía Legislativa*. De presentarse simultáneamente a la solicitud de apertura de un procedimiento, la solicitud de consolidación solo deberá ser notificada, con arreglo a la recomendación 19, a las empresas deudoras afectadas cuando la solicitud sea presentada por los acreedores. Con arreglo a las recomendaciones 22 y 23 de la *Guía Legislativa*, no sería necesario que una solicitud de consolidación presentada por las propias empresas del grupo, al presentar una solicitud de apertura de un procedimiento, sea notificada a los acreedores, al igual que con arreglo a dichas recomendaciones no se habrá de notificar la solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia a los acreedores de la empresa que presente dicha solicitud.

35. Ahora bien, la incidencia eventual que puede tener una consolidación sobre los derechos de los acreedores sugiere que tal vez sea conveniente que los acreedores afectados tengan derecho a ser notificados de toda orden de consolidación emitida con ocasión de la apertura de un procedimiento y que tengan derecho a recurrir contra dicha orden, de conformidad con lo previsto en la recomendación 138. Lo primero que ha de considerarse es si bastará con que se haya presentado un único recurso contra la orden para impedir que se proceda a la consolidación. Cabría, por ejemplo, que se otorgue a todo acreedor que haya recurrido, por verse notablemente

perjudicado por la consolidación, una tasa de reembolso superior a la que sería aplicable a los demás acreedores no garantizados, apartándose en esto del principio de la distribución por igual entre los acreedores de una misma categoría. Cabría también excluir de la consolidación a los intereses de ciertos acreedores que estén amparados por un contrato especial, por ejemplo, por el denominado acuerdo de financiación de proyectos de recurso limitado concertado con determinada empresa del grupo en términos estrictamente comerciales.

36. Cuando la consolidación sea solicitada por los acreedores estando ya abiertos los procedimientos, tal vez proceda que se dé aviso de la solicitud de consolidación a los representantes de la insolvencia de las empresas que vayan a ser consolidadas. Los avisos deberán darse con efectividad y oportunidad conforme a lo previsto por el derecho interno.

6. Efecto de una orden de consolidación patrimonial

37. El régimen de la insolvencia debería prever los efectos que tendrá una orden de consolidación patrimonial. Cabe citar al respecto: el establecimiento de una masa única y consolidada de la insolvencia; la anulación de los créditos internos del grupo; la transformación de los créditos frente a las empresas del grupo en créditos contra la masa consolidada; el reconocimiento del orden de prelación anterior frente a cada empresa del grupo en el nuevo orden de prelación común que se establezca frente a la masa consolidada; y la convocatoria de una única junta de acreedores a la que asistirían los acreedores de todos los miembros consolidados del grupo. En lo concerniente al valor en caso de liquidación, al que se refiere la recomendación 152 b) de la *Guía Legislativa*, dicho valor sería, a raíz de una consolidación patrimonial, el valor en liquidación de la entidad consolidada y no el valor en liquidación de cada empresa del grupo, previo a la consolidación.

38. Cuando la consolidación se ordene estando ya abierto un procedimiento de insolvencia o cuando se extienda a otros miembros del grupo en fechas sucesivas, tal vez se haya de considerar la fecha más adecuada para la determinación del denominado período de sospecha, a fin de que los prestamistas y otros terceros interesados gocen de seguridad al respecto. Esta cuestión será más ardua de resolver cuanto mayor sea el tiempo que transcurra entre la apertura de cada procedimiento de insolvencia individual y la emisión de la orden de consolidación. Optar por la fecha de emisión de la orden de consolidación como punto de partida para el cálculo retroactivo del período de sospecha, durante el cual sería impugnable toda operación de la empresa consolidada, suscitaría tal vez problemas respecto de algunas de las operaciones negociadas después de la fecha de solicitud o de apertura del procedimiento de insolvencia frente a cada miembro afectado del grupo y antes de la fecha de emisión de la orden de consolidación. Cabría fijar dicha fecha determinante del período de sospecha con arreglo a la recomendación 89 de la *Guía Legislativa*. Pero cabría también fijar una fecha común determinante del período de sospecha, fijándola en la fecha de presentación de la primera solicitud de apertura o en la fecha de apertura efectiva del primer procedimiento de insolvencia respecto de cualquiera de las empresas consolidadas del grupo. En uno y otro caso, dicha fecha deberá ser indicada en el régimen de la insolvencia a fin de salvaguardar la transparencia y previsibilidad debidas.

7. Modificación de una orden

39. Pese a que la irreversibilidad eventual de ciertos efectos de una orden de consolidación patrimonial hace que no sea posible siempre modificar una orden ya emitida, puede suceder que la evolución del caso o la disponibilidad de nuevos datos hagan aconsejable que se modifique la orden original. Toda modificación debería estar supeditada a la condición de que los actos o decisiones ya adoptados a raíz de la orden inicial no se vean afectados por la orden de modificación.

8. Consolidación parcial

40. Algunos regímenes han previsto lo que cabría llamar "consolidación patrimonial parcial", consistente en una orden de consolidación limitada que excluye de su ámbito a ciertos bienes o a ciertos créditos frente a la empresa consolidada. Cabría, por ejemplo, que la consolidación se limitara al activo y al pasivo que ya estén entremezclados, excluyendo de su ámbito a todo bien cuya titularidad no sea dudosa. Otro enfoque consistiría en excluir ciertos bienes de la consolidación a fin de no causar daño indebido a algunos acreedores.

9. Tribunal competente

41. Las cuestiones anteriormente examinadas (véase A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1, párrs. 15, 16, 23 y 24) acerca de la solicitud conjunta y de la coordinación procesal son igualmente aplicables a la consolidación patrimonial.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas a la consolidación patrimonial tienen por objeto:

a) respetar, a título de principio básico, la personalidad jurídica propia de cada empresa del grupo;

b) autorizar por ley la consolidación patrimonial;

c) definir con precisión los pocos supuestos en los que cabrá recurrir a la consolidación patrimonial; y

d) definir los criterios objetivos que deben regir la consolidación patrimonial y los procedimientos que deben observarse en aras de su transparencia y previsibilidad.

Contenido de las disposiciones legales

Personalidad jurídica propia de las empresas de un grupo

16. El régimen de la insolvencia debería respetar la personalidad jurídica propia de cada miembro de un grupo de empresas. Toda excepción a esta regla deberá estar fundada en alguno de los motivos enunciados en la recomendación 17.

Consolidación patrimonial

17. El régimen de la insolvencia podrá autorizar al tribunal para ordenar una coordinación patrimonial en el curso de las actuaciones seguidas contra dos o más empresas de un grupo, si se dan las circunstancias siguientes:

a) el tribunal llega al convencimiento de que el activo y el pasivo de las empresas afectadas del grupo están de tal modo entremezclados que no cabría deslindar la titularidad de los bienes y de las obligaciones sin incurrir en un gasto o demora injustificado; o

b) dos o más empresas del mismo grupo practican actividades fraudulentas o intervienen en negocios sin legitimidad comercial alguna y el tribunal está convencido de que la consolidación patrimonial puede resultar esencial para enderezar dichas actividades o negocios.

Solicitud de consolidación patrimonial

18. El régimen de la insolvencia debería indicar:

a) cuáles son las personas que estarán legitimadas para presentar una solicitud de consolidación patrimonial, entre las que cabrá incluir a toda empresa de un mismo grupo, al representante de la insolvencia de toda empresa miembro del grupo o a todo acreedor de algún miembro del grupo;

b) la admisibilidad de presentar una solicitud de consolidación patrimonial al presentarse una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas o en todo momento ulterior.

Efecto de una orden de consolidación patrimonial

19. El régimen de la insolvencia debería especificar que una orden de consolidación patrimonial dará lugar a:

a) la cancelación de los créditos y las deudas entre miembros del mismo grupo que sean objeto de la orden emitida;

b) la transformación de los créditos contra los miembros del grupo afectados por dicha orden en créditos contra la masa patrimonial consolidada;

c) el reconocimiento del orden de prelación establecido en el procedimiento abierto contra cada empresa en particular en el marco de las actuaciones seguidas a raíz de la consolidación [sin que sea óbice la consolidación efectuada]; y

d) la convocatoria de una sola junta de acreedores para los acreedores de las empresas consolidadas del grupo.

Régimen aplicable a las garantías reales en una consolidación patrimonial

20. El régimen de la insolvencia debería respetar toda garantía y su prelación sobre algún bien gravado de una empresa del grupo que sea objeto de una orden de consolidación patrimonial, salvo que:

a) la deuda garantizada sea puramente interna entre miembros del grupo y se haya cancelado a resultas de la consolidación; o

b) el tribunal determine que la garantía se obtuvo fraudulentamente con la connivencia del acreedor; o

c) la operación constitutiva de la garantía sea impugnable de conformidad con la recomendación 88 de la *Guía Legislativa*.

Consolidación parcial

21. El régimen de la insolvencia podrá indicar que el tribunal estará facultado para excluir ciertos bienes de una empresa consolidada o ciertos créditos contra ella del ámbito de aplicación de su orden de consolidación.

Cálculo del período de sospecha en el marco de una consolidación patrimonial

22. El régimen de la insolvencia debería indicar la fecha a partir de la cual se ha de calcular el período de sospecha para la determinación de las operaciones impugnables con arreglo a la recomendación 87 de la *Guía Legislativa*, al ordenarse una consolidación patrimonial:

a) de ordenarse la consolidación patrimonial simultáneamente a la apertura del procedimiento de insolvencia, la fecha a partir de la cual se ha de calcular retroactivamente el período de sospecha deberá ser fijada con arreglo a lo previsto en la recomendación 89 de la *Guía Legislativa*;

b) de ordenarse la consolidación subsiguientemente a la apertura del procedimiento de insolvencia, la fecha a partir de la cual se ha de calcular retroactivamente el período de sospecha podrá ser:

i) una fecha distinta para cada empresa del grupo incluida en la orden de consolidación, pudiendo ser tanto la fecha de la solicitud de apertura como la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia respecto de cada empresa del grupo, conforme a lo previsto en la recomendación 89 de la *Guía Legislativa*; o

ii) una fecha común para todas las empresas del grupo incluidas en la orden de consolidación, pudiendo ser la fecha tanto de la primera solicitud de apertura como de la primera apertura de un procedimiento de insolvencia contra una de ellas.

Modificación de una orden de consolidación patrimonial

23. El régimen de la insolvencia debería especificar que un tribunal podrá modificar una orden de consolidación patrimonial, así como una orden de consolidación patrimonial parcial, con tal de que no se vean afectados los actos o decisiones adoptados a raíz de la orden de consolidación patrimonial que se vaya a modificar.

Tribunal competente

24. El régimen debería indicar que a efectos de la aplicación de la recomendación 13 de la *Guía Legislativa* a un grupo de empresas, las palabras “para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el curso de las actuaciones” se refieren también a la solicitud y a la emisión de una orden de consolidación patrimonial.

Notificación

25. El régimen de la insolvencia debería establecer los requisitos para dar aviso de toda solicitud de consolidación patrimonial presentada y de toda orden emitida, así como de toda solicitud de modificación de una consolidación patrimonial presentada y de toda orden emitida, indicándose además las partes a las que se deberá dar aviso, así como el autor de dicho aviso y su contenido.

VII. Participantes

A. Nombramiento de un representante de la insolvencia

1. Coordinación procesal

42. La *Guía Legislativa* examina cierto número de cuestiones relativas al nombramiento y el cometido del representante de la insolvencia, y lo dispuesto en las recomendaciones 115 a 125 resultaría en general aplicable en el contexto de un grupo. Al declararse abierto más de un procedimiento contra varios miembros de un grupo, cabe que se dicte o no se dicte una orden de coordinación procesal al respecto. En uno y otro caso, la coordinación de dichos procedimientos se vería facilitada si el régimen de la insolvencia ha previsto la coordinación procesal e indica la manera de lograrla, conforme a lo previsto en el artículo 27 de la Ley Modelo. Cabría adoptar dicho enfoque respecto de la coordinación entre diversos tribunales que estén sustanciando actuaciones frente a diversos miembros de un mismo grupo de empresas o respecto de la coordinación entre los diversos representantes de la insolvencia designados en el marco de cada procedimiento. En casos en los que se nombren representantes de la insolvencia cabría añadir a sus obligaciones con arreglo a la *Guía Legislativa* (recomendaciones 111, 116, 117 y 120) las de: comunicar y compartir entre ellos la información disponible; aprobar o dar curso a todo acuerdo concertado para la delimitación de poderes y obligaciones entre los representantes de cada masa de la insolvencia; cooperar en la utilización y disposición de los activos de sus respectivas masas; proponer y negociar planes de reorganización coordinados (salvo que sea posible, conforme se examina más adelante, preparar un único plan para el grupo); coordinar la presentación y admisión de los créditos y la repartición de sumas entre los acreedores. El régimen de la insolvencia podría regular asimismo la resolución agilizada de las controversias entre representantes de la insolvencia.

43. De haberse designado varios representantes de la insolvencia, cabe que el régimen de la insolvencia permita que uno de ellos, por ejemplo, el representante de la sociedad matriz, asuma una función coordinadora de las actuaciones concernientes a los miembros del mismo grupo. Aun cuando la función rectora asumida puede ser un reflejo de la relación existente entre las empresas del grupo, debe preservarse la igualdad jurídica entre los representantes de la insolvencia. Cabe también que el ejercicio de la función coordinadora por uno de los representantes de la insolvencia sea libremente negociado entre ellos, en la medida en que lo permita el derecho interno aplicable.

44. En algunos países cabe que la función coordinadora haya de ser asumida por el foro competente y no por uno de los representantes de la insolvencia. De ser ese el

caso, y de intervenir diversos tribunales en las actuaciones frente a diversos miembros del grupo, sería conveniente que lo dispuesto acerca de la coordinación de los procedimientos sea también aplicable a los tribunales, otorgándoseles facultades previstas en el artículo 27 de la Ley Modelo.

2. Nombramiento de un único representante de la insolvencia

45. La coordinación de diversos procedimientos se vería, sin duda, facilitada por el nombramiento de un único representante de la insolvencia. En la práctica, la ley procesal del foro tal vez permita nombrar un único representante para las diversas actuaciones o tal vez sea preciso efectuar dicho nombramiento respecto de cada uno de los procedimientos abiertos que se hayan de coordinar. La designación de un único representante facilitaría la coordinación de la administración de las diversas masas de la insolvencia, reduciendo gastos y facilitando la obtención de información acerca del grupo en su conjunto. Aun cuando muchos regímenes de la insolvencia no regulen esta cuestión, en algunos países el nombramiento de un único representante de la insolvencia para empresas de un mismo grupo ha pasado a ser una práctica establecida. Aunque en menor medida, esta práctica se sigue también en casos de insolvencia transfronteriza.

46. De nombrarse un único representante para administrar la insolvencia de un grupo de empresas deudoras entre las que existan vínculos financieros y comerciales complejos, pero cada una de ellas con su propio grupo de acreedores, dicho representante tal vez haya de resolver conflictos en materia, por ejemplo, de garantías recíprocas, deudas internas del grupo, financiación posterior a la apertura de un procedimiento o actuación ilícita de una de las empresas respecto de otra empresa del grupo. Como salvaguardia frente al riesgo inherente a dichos conflictos, cabrá exigir que el representante de la insolvencia asuma cierto compromiso de neutralidad u obligarle por ley o norma de ética profesional a recabar la orientación del tribunal en todo conflicto que surja. Cabría asimismo que el régimen de la insolvencia prevea para dichos casos la designación de dos o más representantes de la insolvencia para administrar la masa patrimonial de cada empresa en situación conflictiva, con un mandato global para toda la duración de las actuaciones o limitado a la resolución del punto conflictivo. La obligación de revelar todo dato pertinente a la insolvencia, enunciada en las recomendaciones 116 y 117 de la *Guía Legislativa* puede ser aplicable en todo supuesto de conflicto surgido en la administración de la insolvencia de empresas de un mismo grupo.

3. Deudor en posesión del negocio

47. Si el régimen de la insolvencia permite que el deudor siga en posesión del negocio, y que no se nombre un representante de la insolvencia, tal vez se haya de determinar cómo procederá coordinar los procedimientos que se hayan abierto y en qué medida las obligaciones que se asignan a este respecto al representante de la insolvencia, particularmente las descritas en párrafos anteriores, habrán de ser asumidas por todo deudor que siga en posesión de su negocio (véase *Guía Legislativa*, segunda parte, capítulo III, párrafos 16 a 18). En la medida en que un deudor en posesión del negocio ha de asumir las funciones de un representante de la insolvencia, se habrá de considerar también hasta qué punto le será aplicable lo dispuesto en el régimen de la insolvencia acerca del nombramiento eventual de un único representante de la insolvencia o acerca de que uno de los representantes

nombrados asuma una función rectora en la coordinación de los procedimientos abiertos.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones concernientes a los representantes de la insolvencia en el contexto de un grupo de empresas tienen por objeto:

a) facilitar la coordinación de los procedimientos que se hayan abierto respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas; y

b) alentar, en supuestos en los que se nombren dos o más representantes de la insolvencia, la cooperación entre dichos representantes con miras a evitar que se duplique la labor; facilitar el intercambio de información sobre la situación financiera y comercial del grupo de empresas en su conjunto, y reducir gastos.

Contenido de las disposiciones legislativas

Nombramiento de un único representante de la insolvencia

26. El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el tribunal determine que redundará en provecho de la administración de las masas de la insolvencia de dos o más miembros de un grupo de empresas, podrá nombrarse [un único] [un mismo] representante de la insolvencia.

Conflicto de intereses

27. El régimen de la insolvencia debería prever medidas para dirimir todo conflicto de intereses que pudiera surgir entre masas de dos o más miembros de un grupo de empresas en el supuesto de que se nombre un único representante de la insolvencia. Entre esas medidas cabría prever la de que se nombren uno o más representantes de la insolvencia adicionales.

Cooperación entre dos o más representantes de la insolvencia en el contexto de un grupo de empresas

28. El régimen de la insolvencia podrá disponer que en el supuesto de haberse abierto procedimientos de insolvencia respecto de dos o más miembros de un grupo de empresas, los representantes de la insolvencia nombrados en el marco de dichos procedimientos deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible[2].

Cooperación entre dos o más representantes de la insolvencia en el marco de la coordinación procesal

29. El régimen de la insolvencia debería disponer que, siempre que se nombre más de un representante de la insolvencia en el marco de procedimientos que estén

[2] Además de lo previsto en el régimen de la insolvencia respecto de la cooperación y coordinación deseables, el tribunal podrá señalar ciertas medidas que deban adoptarse a tal fin en el curso de los procedimientos.

sujetos a coordinación procesal, los representantes así nombrados deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible.

Formas de cooperación

30. Siempre que ello sea conforme a derecho, procederá cooperar en lo posible por cualquier medio apropiado, procurando en particular:

a) intercambiar y revelar toda información pertinente;

b) aprobar y poner en práctica acuerdos para el ejercicio de la potestad otorgada a los representantes de la insolvencia y la distribución entre ellos de sus responsabilidades, o en los que se prevea que un representante asuma una función rectora en aras de la coordinación;

c) coordinarse entre sí con miras a proponer y negociar planes de reorganización; y

d) coordinarse entre sí en la administración y supervisión del negocio de toda empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, en particular respecto de las operaciones en curso cuando un negocio haya de seguir en marcha, así como respecto de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento, la preservación de los bienes de la masa, la utilización o enajenación de dichos bienes, el ejercicio de toda acción de impugnación que proceda, la presentación y admisión de los créditos, y la distribución de las sumas disponibles entre los acreedores.

VIII. Reorganización de dos o más empresas de un grupo

48. Las recomendaciones 139 a 159 de la *Guía Legislativa* tratan de la preparación, propuesta, contenido, aprobación y ejecución de un plan de reorganización. Por lo general, dichas recomendaciones serán aplicables en el contexto de un grupo de empresas, aunque tal vez sea conveniente que se examine si, en dicho contexto, procedería enunciar alguna recomendación adicional o dar alguna explicación suplementaria acerca de la aplicación de las recomendaciones ya enunciadas.

1. Un único plan de reorganización

49. De abrirse procedimientos de reorganización respecto de dos o más empresas del mismo grupo, se haya o no previsto su coordinación eventual, tal vez deba estudiarse la posibilidad de reorganizar las empresas deudoras con arreglo a un único plan que permita efectuar economías en el marco de cada procedimiento, coordinar la solución de las dificultades financieras del grupo y maximizar el valor reembolsable a los acreedores. Si bien varios regímenes de la insolvencia permiten que se negocie un único plan de reorganización, con arreglo a algunos de ellos solo sería posible hacerlo si el tribunal ordena una coordinación procesal o una consolidación patrimonial, mientras que con arreglo a otros solo sería posible si la ley autoriza que se proceda a una coordinación consensual de los procedimientos.

50. De estar permitido por el régimen de la insolvencia preparar y aprobar un único plan de reorganización respecto de varias empresas de un grupo, se habrá de examinar la manera en que procederá aplicar algunas de las disposiciones de la *Guía*

Legislativa relativas a la reorganización de una única empresa deudora en el contexto de un grupo, estudiándose en particular las concernientes a: la coordinación y preparación del plan, así como las partes legitimadas para proponerlo o participar en la propuesta del mismo; la índole y el contenido del plan y su documentación adjunta; la convocatoria y celebración de una junta especial de acreedores con ocasión del plan; la clasificación de los créditos por categorías de acreedores; el ejercicio del voto por los acreedores para la aprobación del plan, particularmente en el supuesto de que las empresas de un grupo sean acreedoras unas de otras y por ello "personas allegadas"; las salvaguardias aplicables; las objeciones formuladas a la aprobación del plan (o su confirmación, si es necesario); y la ejecución de un plan aprobado.

51. La adopción de un único plan requeriría, en la práctica, que se preparara y aprobara, en el marco de cada procedimiento abierto contra una empresa del grupo que vaya a ser incluida en el plan, un plan idéntico o similar al de las demás. La aprobación de cada plan habría de efectuarse, respecto de cada empresa incluida en el plan, por sus propios acreedores que ejercitarían su voto conforme a lo previsto para la aprobación de un plan respecto de una única empresa; no sería conveniente que se procediera a la aprobación de un plan en el marco global del grupo en su conjunto, dado que ello permitiría que una mayoría global de acreedores de distintas empresas del grupo imponga el plan así aprobado a empresas cuyos acreedores no lo deseen. La preparación de un plan para todas las empresas afectadas del grupo y su aprobación deben respetar la necesidad de que el plan definitivo sea aprobado por todos los que tengan un interés legítimo en cada empresa del grupo, por lo que se deben indicar cuáles serán las ventajas del plan para cada una de ellas, dándose la información que proceda al respecto. Esas cuestiones están ya previstas en las recomendaciones 143 y 144 de la *Guía Legislativa* relativas al contenido del plan y a la nota informativa adjunta. Entre los datos adicionales que cabría facilitar en el contexto de un grupo figurarían los datos relativos a las operaciones internas del grupo y a su funcionamiento en cuanto tal.

52. La preparación de un plan único obligaría a tener en cuenta la diversidad de intereses de los acreedores de distintas empresas del grupo, por lo que tal vez proceda prever una tasa de reembolso distinta para los acreedores de aquellas empresas del grupo cuyas circunstancias especiales lo justifiquen. Debe procurarse también conciliar debidamente los derechos de los acreedores de las distintas empresas del grupo al calcular la mayoría exigible para la aprobación del plan entre los acreedores de cada empresa del grupo y entre los grupos de acreedores correspondientes a cada empresa del grupo. El cálculo de la mayoría exigible en el contexto de un grupo tal vez obligue a determinar cómo se habrá de computar el voto de acreedores con créditos de la misma categoría frente a distintas empresas del grupo en supuestos en los que dichos créditos no gocen de idéntica prelación. Tal vez se haya de considerar también si el rechazo del plan por los acreedores de una sola empresa del grupo podrá impedir la aprobación del plan a nivel del grupo, o qué otras consecuencias cabe atribuir a dicho rechazo. Cabría tratar de resolver estas cuestiones inspirándose en el régimen previsto para la aprobación de un plan de reorganización para una única empresa. Pero cabría también calcular la mayoría exigible en cada caso con miras a facilitar la aprobación del plan a nivel del grupo en su conjunto. Cabría prever además salvaguardias como las enunciadas en la recomendación 152 de la *Guía Legislativa*, a las que se añadiría el requisito de que el plan resulte equitativo para los acreedores de las distintas empresas del grupo.

53. En el contexto de un grupo, cabe calificar de persona allegada a toda persona que esté o que haya estado en un puesto de control de la empresa deudora o de la sociedad matriz, una filial o una empresa asociada de la empresa deudora. La *Guía Legislativa* examina el ejercicio del voto por personas allegadas para la aprobación de un plan (véase segunda parte, capítulo IV, párrafo 46) y señala que pese a que algunos regímenes de la insolvencia restringen de diverso modo el ejercicio del voto por dichas personas, la mayoría de los regímenes de la insolvencia no se ocupan de esta cuestión. La *Guía Legislativa* no recomienda que se restrinja el derecho al voto de una persona allegada, pero si el régimen de la insolvencia aplicable ha previsto dichas restricciones, cabe que ello cause dificultades cuando alguna empresa del grupo tenga únicamente acreedores catalogables como personas allegadas o tenga muy pocos acreedores que no lo sean.

2. Inclusión de una empresa solvente del grupo en un plan de reorganización

54. Pese a que una empresa solvente no podrá ser incluida en un plan de reorganización por mandato de un tribunal, dado que ni está sujeta al régimen de la insolvencia ni será objeto del procedimiento abierto, pueden darse circunstancias en las que la inclusión en el plan de una empresa solvente resulte conveniente y, de hecho, dicha inclusión suele hacerse en la práctica. Cabe que una empresa solvente sea incluida, a título voluntario, en un plan de reorganización a fin de facilitar la reorganización de otras empresas del mismo grupo. La decisión por la que una empresa solvente del grupo acepta participar en un plan de reorganización sería adoptada en el curso normal del negocio de dicha empresa, por lo que no será necesario recabar el consentimiento de sus acreedores, salvo que el derecho interno de sociedades lo exija. Respecto de toda nota informativa que se adjunte a un plan en el que se haya incluido una empresa solvente, deberá obrarse con cautela al dar al público información concerniente a dicha empresa solvente del grupo.

55. Cabe que el régimen de la insolvencia haya previsto las consecuencias de que no se apruebe un plan de reorganización, conforme se indica en la recomendación 158 de la *Guía Legislativa*. El régimen aplicable en cierto país prevé, por ejemplo, que la no aprobación de un plan dará lugar a que se proceda a la liquidación de todas las empresas insolventes del grupo. De haberse incluido, previo consentimiento de la misma, una empresa solvente del grupo en dicho plan, tal vez proceda prever alguna regla que impida que alguien saque algún provecho indebido de dicha liquidación.

Recomendaciones

Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones relativas a un plan de reorganización concertado en el contexto de un grupo de empresas tienen por objeto:

a) facilitar el restablecimiento coordinado de los negocios de las empresas de un mismo grupo declaradas en situación de insolvencia, a fin de preservar el empleo y, siempre que proceda, amparar el valor de las inversiones;

b) facilitar la negociación y aprobación de un plan de reorganización único en el marco de los procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un mismo grupo.

Contenido de las disposiciones legales

Plan de reorganización

31. El régimen de la insolvencia debería permitir que se apruebe un único plan de reorganización en el marco de los procedimientos abiertos respecto de dos o más empresas de un mismo grupo.

32. El régimen de la insolvencia debería permitir que una empresa que no se haya declarado insolvente podrá participar en el plan de reorganización propuesto para dos o más empresas del mismo grupo que sí hayan sido declaradas insolventes. Lo previsto con arreglo a este párrafo no debe menoscabar derecho alguno de los acreedores o accionistas de la empresa solvente.

[*La serie A/CN.9/WG.V/WP.82 presenta la práctica actual en materia de grupos de empresas; el Add.1 se ocupa de la solicitud y de la apertura de un procedimiento de insolvencia (presentación de una solicitud conjunta y coordinación procesal); el Add.2 se ocupa del régimen aplicable a los bienes de una empresa a raíz de la apertura de un procedimiento de insolvencia (protección y preservación de la masa de la insolvencia, utilización y enajenación de los bienes, financiación posterior a la apertura de un procedimiento), así como de la impugnación judicial de ciertos actos y de la subordinación de ciertos créditos; y el Add.4 se ocupa de cuestiones internacionales.*]

A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 35º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
IX.	Cuestiones de ámbito internacional	1-36
A.	Competencia para declarar abierto un procedimiento de insolvencia	2-15
1.	Centro de los principales intereses de cada uno de los miembros de un grupo de empresas	3-9
2.	Centro de los principales intereses de un grupo de empresas	10-15
B.	Financiación posterior a la apertura del procedimiento	16-25
1.	Problemas que se plantean	17-24
2.	Soluciones	25
C.	Coordinación y cooperación	26-28
D.	Otros problemas	29-36
1.	Coordinación procesal	29-30
2.	Mancomunación sustantiva del patrimonio	31
3.	Nombramiento de un solo representante de la insolvencia	32
4.	Un solo plan de reorganización	33-36

IX. Cuestiones de ámbito internacional

1. Muchas de las cuestiones relativas al tratamiento de los grupos de empresas en el ámbito internacional se examinan en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2 y A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2. Conforme a la solicitud formulada por el Grupo de Trabajo en su 34º período de sesiones (A/CN.9/647, párrafos 90 y 91), en el texto que figura a continuación se presenta un resumen de las deliberaciones anteriores, en el que se determinan las cuestiones, la manera en que ya se han abordado en textos de la CNUDMI y posibles soluciones con respecto a tres tema fundamentales:

el centro de los principales intereses del deudor, la financiación posterior a la apertura del procedimiento y la coordinación y cooperación. También se examinan otras cuestiones ya analizadas en el contexto de los grupos de empresas nacionales, pero que bien podrían abordarse también en el contexto transfronterizo, a saber, la coordinación procesal, el plan único de reorganización y la mancomunación sustantiva del patrimonio.

A. Competencia para declarar abierto un procedimiento de insolvencia

(Referencias de la CNUDMI: A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, párrafos 5 a 12, y A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, párrafos 2 a 17)

2. A continuación se examina la posibilidad de formular una definición del concepto de centro de los principales intereses, o de dar más seguridad con respecto a ese concepto, en relación con a) cada miembro de un grupo de empresas, y b) el grupo de empresas como tal.

1. Centro de los principales intereses de cada uno de los miembros de un grupo de empresas

a) Problemas que se plantean

3. En los modelos que se han creado a nivel internacional para resolver las cuestiones relativas a la insolvencia transfronteriza nunca se ha abordado satisfactoriamente el tema de los grupos de empresas. En consecuencia, actualmente no existe ningún medio para iniciar un procedimiento de insolvencia contra un grupo de empresas como tal. Debe solicitarse la apertura de un procedimiento en relación con cada miembro del grupo por separado en el foro competente, cumpliendo los requisitos aplicables a la apertura, solicitar el reconocimiento de esos procedimientos, de ser pertinente, en otros lugares (utilizando la Ley Modelo, cuando proceda).

4. En la *Guía Legislativa* se recomienda que el régimen de la insolvencia especifique qué deudores tienen una vinculación suficiente con un Estado como para regirse por sus disposiciones en materia de insolvencia (recomendación 10). Los dos criterios que se mencionan están tomados de la Ley Modelo: el hecho de tener el centro de los principales intereses o el de poseer un establecimiento en el Estado. Los requisitos que han de cumplirse para poder abrir un procedimiento de insolvencia se enuncian en las recomendaciones 15 y 16 de la *Guía Legislativa*.

5. No existe una definición aceptada a nivel internacional de lo que constituye el centro de los principales intereses del deudor; ni en la Ley Modelo ni en la *Guía Legislativa* se define la expresión. No obstante, en el Reglamento del Consejo Europeo se indica que esta debería corresponder "al lugar en que el deudor lleve a cabo de manera habitual la administración de sus intereses y que, por consiguiente, pueda ser averiguado por terceros" (considerando 13). Tanto en la *Guía Legislativa* (recomendación 11) como en la Ley Modelo (artículo 16 3)) se establece la presunción de que el centro de los principales intereses del deudor es, salvo prueba en contrario, el lugar de su domicilio social. Un problema que existe en el contexto transfronterizo es determinar el tribunal competente para decidir cuál es el centro de

los principales intereses de los miembros de un grupo de empresas y si otros tribunales acatarían esa decisión.

6. Los factores pertinentes para refutar esa presunción serían los siguientes: el grado de independencia de una filial con respecto a sus decisiones financieras, de gestión y de política; los arreglos financieros entre la empresa matriz y la filial, particularmente en lo concerniente a la estructura del capital, la ubicación de las cuentas bancarias y los servicios de contabilidad; la distribución de la responsabilidad en lo concerniente a la documentación técnica y jurídica de la empresa y a la firma de los contratos; y el lugar en que se encuentran los centros de diseño, comercialización, fijación de precios, entrega de productos y funciones administrativas.

7. A diferencia de lo que ocurre con el centro de los principales intereses, tanto en la *Guía Legislativa* como en la Ley Modelo se define el concepto de establecimiento (apartado f) del artículo 2 de la recomendación 12).

b) Soluciones

8. Para dar más seguridad acerca de lo que constituye el centro de los principales intereses del deudor, puede elaborarse una definición de ese concepto o una recomendación en que se determinen los factores que han de tenerse en cuenta para saber cuál es ese lugar en cada caso.

9. Para que esa definición o recomendación tenga éxito, ha de ser reconocida y aceptada a nivel internacional y aplicada ampliamente. Si el Grupo de Trabajo desea considerar la posibilidad de elaborar una definición o una recomendación al respecto, tal vez también haya de considerar qué clase de texto habría que preparar para promover la aceptación y aplicación generalizadas.

2. Centro de los principales intereses de un grupo de empresas

a) Problemas que se plantean

10. En vez de varios procedimientos, en algunos casos cabría la posibilidad de abrir en un solo Estado un procedimiento de insolvencia contra diferentes miembros de un grupo situados en diferentes Estados. Ni la *Guía Legislativa* ni la Ley Modelo abordan ese aspecto. La cuestión fundamental es determinar el Estado en que han de abrirse esos procedimientos.

b) Soluciones

11. La determinación del foro mas céntrico de un grupo de empresas podría verse facilitada por la definición del concepto de “centro de los principales intereses de un grupo de empresas” o la elaboración de una norma que dispusiera que ese centro se encontrara en determinado lugar, por ejemplo, en el lugar de inscripción de la sociedad matriz del grupo, o en el lugar en que esta ejerciera su actividad comercial. Tal vez haya que considerar la manera en que ese concepto o norma puede aplicarse con miras a lograr más apoyo y una aplicación generalizada, como se observó en el párrafo 9 *supra*. Establecer la noción de centro de los principales intereses de un grupo de empresas podría servir para reducir las costas de los procedimientos paralelos, coordinar la venta global de bienes, obtener el máximo valor posible de

los bienes de todos los miembros del grupo, reducir el problema de la búsqueda del foro más adecuado y lograr la reorganización general del grupo.

12. Al mismo tiempo, sin embargo, podría haber ciertas desventajas. Los acreedores se verían obligados a investigar las vinculaciones de toda empresa con la que tuvieran negocios a fin de determinar si forma o no parte de un grupo; puede ser que el lugar en que esté situado el establecimiento de una empresa integrante de un grupo no sea el lugar en que podría abrirse el procedimiento de insolvencia contra esa empresa; si para determinar el centro de los principales intereses del grupo se depende de una variedad de factores, tal vez no siempre sea posible determinarlo antes de proceder a la apertura del procedimiento de insolvencia; sería preciso obtener un reconocimiento general de la norma a fin de evitar más riesgos de desconexión y de superposición y el conflicto entre créditos y procedimientos, y habría que definir el concepto de "grupo de empresas" para lograr una noción común acerca de lo que constituye un miembro de un grupo, lo que entraña especificar el nivel necesario de integración, en el caso de que una integración estrecha fuese un factor determinante. Cuando se entienda que el centro de los principales intereses del grupo es el centro de los principales intereses de su sociedad matriz, podrían surgir dificultades cuando esta última no fuera insolvente, pero otros miembros del grupo situados en algún otro lugar incurrieran en insolvencia.

13. Si solo se pudiera determinar el centro de los principales intereses de un grupo estrechamente integrado, deberían individualizarse los factores que establecerían el grado necesario de integración, por ejemplo, el grado de independencia de las empresas del grupo con respecto a las decisiones financieras, de gestión y de política ("funciones de jefe de la oficina"); los arreglos financieros entre las empresas del grupo, particularmente en lo concerniente a la estructura del capital, la ubicación de las cuentas bancarias y los servicios de contabilidad; la distribución de la responsabilidad en lo concerniente a la documentación técnica y jurídica de la empresa y a la firma de los contratos, y el lugar en que se encuentren los centros de diseño, comercialización, fijación de precios, entrega de productos y funciones administrativas, así como la idea que tengan los terceros, en particular los acreedores, en relación con ese lugar.

14. En "*Transnational Insolvency Principles of Cooperation among NAFTA countries*" (los Principios del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)) se recomienda considerar dos normas[1].

[1] Principios formulados por *The American Law Institute* en 2003, como parte de su proyecto sobre insolvencia transfronteriza denominado *Transnational Insolvency*, que puede consultarse en www.ali.org.

En virtud del Principio 23 se autorizaría a toda filial a solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia ante el tribunal que hubiera declarado abierto un procedimiento de insolvencia contra su sociedad matriz, a fin de que la eventual reorganización se pudiera administrar de manera colectiva. Se reconoce la posibilidad de que se estén tramitando procedimientos paralelos, en cuyo caso la coordinación de esos procedimientos serviría para obtener, en lo posible, los beneficios que reporta la mancomunación[2].

En virtud del Principio 24, toda reorganización de un grupo de empresas debería efectuarse con una perspectiva general o global, sin perjuicio de la necesidad de que se respete la forma social de cada uno de los miembros al distribuirse el valor de los bienes[3].

15. En los Principios se prevé una excepción para aquellos casos en los que la ley del país de la sociedad matriz o la ley del país de la filial exija que se dé en su territorio un supuesto de insolvencia para que pueda declararse abierto un procedimiento, así como para aquellos casos en que el tribunal ante el que se esté tramitando un procedimiento principal se declare no competente para conocer de la insolvencia de una empresa que no esté inscrita o no ejerza el comercio en el ámbito territorial de su jurisdicción, lo que suele suceder con la filial de un grupo internacional.

B. Financiación posterior a la apertura del procedimiento

(Referencias de la CNUDMI: A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, párrafos 15 a 22, y A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, párrafos 20 a 25)

16. En muchos países no se aborda la cuestión de la nueva financiación una vez declarada la insolvencia o se imponen restricciones al respecto. Aun cuando el régimen de la insolvencia permita conceder financiación tras la apertura del procedimiento a nivel interno, existen diversos criterios en cuanto al grado de prelación o a la garantía que se podría otorgar para facilitar la concesión de créditos una vez abierto el procedimiento, así como problemas relativos a la ley aplicable que podrían ser difíciles de abordar cuando se tratara de financiación posterior a la apertura de un procedimiento en un contexto transfronterizo.

---

[2] Principio procesal 23: Coordinación con las filiales.
Deberá autorizarse a una filial para solicitar la apertura de un procedimiento de quiebra en el mismo lugar en que se esté tramitando un procedimiento de quiebra contra su empresa matriz, y para obtener la unificación de las actuaciones o la mancomunación de los patrimonios con arreglo a la ley aplicable, siempre y cuando no se haya abierto un procedimiento contra la filial en el país en que ella tenga sus principales intereses. Si la filial fuera objeto de un procedimiento paralelo abierto en el país en el que tuviera sus principales intereses, la coordinación de los dos procedimientos, de ser posible, reportaría algunos de los beneficios que cabe esperar de la unificación de las actuaciones.

[3] Principio Procesal 24: Principios aplicables a las filiales.
Los principios en materia de coordinación y cooperación deberían ser aplicables a todo procedimiento paralelo abierto contra una filial de una empresa deudora extranjera de la misma manera en que fueran aplicables al procedimiento abierto contra la empresa matriz deudora, pese a que ciertas decisiones, por ejemplo, las concernientes a la distribución del valor de los bienes, sean adoptadas de forma distinta debido a la necesidad de respetar la forma social propia de la empresa filial.

1. Problemas que se plantean

a) Obtención y autorización de financiación tras la apertura del procedimiento

17. En la recomendación 63 de la *Guía Legislativa* se prevé que el representante de la insolvencia pueda obtener crédito tras la apertura del procedimiento con la autorización del tribunal o el consentimiento de los acreedores. Esa recomendación se aplicaría en el caso de que existiera un solo deudor y también si se tratara de un grupo de empresas en el que una empresa solvente concediera crédito a otra después de la apertura del procedimiento, independientemente de que esta última fuese solvente u objeto de un procedimiento de insolvencia. En el proyecto de recomendación 10 *supra* (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2) se examina la concesión de crédito con posterioridad a la apertura del procedimiento por parte de una empresa integrante de un grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia a otra empresa del grupo que esté en esa misma situación.

18. Con respecto a la obtención y autorización de financiación tras la apertura del procedimiento de insolvencia se plantean varias dudas, entre ellas las siguientes:

a) ¿Podrá una empresa del grupo obtener financiación en su propio país y proporcionarla a otra empresa del grupo situada en otro país?

b) ¿Cuál se consideraría el representante de la insolvencia que obtenga la financiación y qué responsabilidad personal se generaría para el representante de la insolvencia o el personal directivo y de gestión de las dos empresas?

c) ¿Se debería solicitar la aprobación del tribunal o el consentimiento de los acreedores en el país de la empresa del grupo que obtuviera la financiación o en el país de la empresa del grupo que la recibiera, o tal vez en ambos?

d) ¿Surtiría efecto la financiación aprobada por el tribunal de un país en el otro país?

e) ¿Se podrán reconocer en un país los mandatos dictados en otro que afecten a la concesión de financiación tras la apertura de un procedimiento en el contexto de un grupo de empresas?

f) ¿En qué medida podría depender el requisito de autorización de las condiciones en que se conceda financiación después de la apertura del procedimiento?

g) ¿Podrían surgir problemas especiales cuando sea posible nombrar un solo representante de la insolvencia con respecto a empresas de un grupo situadas en diferentes Estados?

b) Prelación de la financiación posterior a la apertura del procedimiento

19. En la recomendación 64 de la *Guía Legislativa* se determina el grado de prelación que ha de asignarse a los préstamos concedidos después de la apertura del procedimiento, que se aplicaría cuando el crédito fuera concedido por una empresa solvente del grupo a otra empresa integrante de este que fuera objeto de un procedimiento de insolvencia. En el proyecto de recomendación 11 *supra* (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2) se prevé que cuando se trate de un crédito concedido por una empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia a otra empresa del grupo que se encuentre en la misma situación, el régimen de la

insolvencia debería determinar el grado de prelación que habría de asignarse; de no ser así, el grado de prelación deberá ser determinado por el tribunal. En el proyecto de recomendación no se indica el grado concreto de prelación.

20. Con respecto a la prelación tal vez cabe examinar varias cuestiones:

a) ¿Se reconocerá en un Estado la prelación asignada en otro cuando la operación de préstamo tenga lugar dentro del mismo grupo de empresas?

b) ¿Se verá afectada por la índole transfronteriza de la operación, en lo que respecta al grado de prelación asignado, la distinción entre la concesión de un préstamo por parte de una empresa solvente del grupo y la concesión de un préstamo por parte de una empresa de este que sea objeto de un procedimiento de insolvencia?

c) ¿Se verá afectada la cuestión de la autorización si se asignan diversos grados de prioridad en diferentes países?

c) Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

21. En las recomendaciones 65 y 66 de la *Guía Legislativa* se aborda la cuestión de otorgar garantías en respaldo de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento. En la recomendación 67 se indica el procedimiento que ha de aplicarse cuando se procure obtener prelación sobre las garantías reales preexistentes. Esas recomendaciones se aplicarían a los grupos de empresas cuando la garantía real hubiera sido otorgada por una empresa solvente del grupo para garantizar un crédito concedido a otra empresa solvente del grupo o a una empresa de este que fuera objeto de un procedimiento de insolvencia.

22. En el proyecto de recomendación 12 *supra* (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2) se examina la constitución de una garantía real por parte de una empresa integrante de un grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, con objeto de garantizar un préstamo concedido a otra empresa del grupo que se encuentre en la misma situación. Se permite otorgar el mismo tipo de garantía real mencionada en la recomendación 65 de la *Guía Legislativa,* siempre y cuando los acreedores lo consientan o se determine que todo perjuicio sufrido por los acreedores quedará compensado por los beneficios generados por la garantía real.

23. En relación con la constitución de una garantía real, tal vez cabe examinar los siguientes aspectos:

a) ¿Se reconocería en un país la validez y eficacia de una garantía real otorgada en otro?

b) Si los acreedores garantizados existentes en un país pusieran objeciones al gravamen de bienes en ese país (de conformidad con la recomendación 66 de la *Guía Legislativa*) para garantizar un préstamo concedido en otro país, ¿aprobaría el tribunal esa garantía real? y, de ser así, ¿en qué circunstancias y con qué condiciones? Si el tribunal del país en que se recibe el beneficio de la garantía real tuviera que aprobar esa operación, ¿podría hacerlo y sobre qué base?

c) ¿Surgiría algún problema especial en el supuesto previsto en las recomendaciones 66 y 67 de la *Guía Legislativa* cuando se tratara de constituir una garantía real a nivel transfronterizo?

d) Constitución de garantías de otra índole

24. En el proyecto de recomendación 13 *supra* (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.2) se prevé que una empresa integrante de un grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia podrá garantizar el reembolso de un crédito posterior a la apertura del procedimiento obtenido por otra empresa del grupo que se encuentre en la misma situación, en las mismas condiciones aplicables a la constitución de una garantía real (proyecto de recomendación 12). Con respecto a la constitución de toda otra clase de garantía podrían surgir los mismos problemas planteados anteriormente en relación con la constitución de una garantía real.

2. Soluciones

25. A efectos de abordar algunas de las situaciones planteadas anteriormente, podrían revisarse como corresponda los proyectos de recomendación relativos a la concesión de financiación tras la apertura del procedimiento en el contexto de los grupos de empresas en el ámbito interno (es decir, los proyectos de recomendación 10 a 13). El Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta las recomendaciones de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas en relación con las normas sobre conflicto de leyes aplicables a las garantías reales y considerar la posibilidad de aplicarlas a la concesión de financiación tras la apertura de un procedimiento de insolvencia en el ámbito transfronterizo.

C. Coordinación y cooperación

26. La posibilidad de coordinar el resultado de los procedimientos de insolvencia abiertos contra uno o más miembros de un grupo de empresas situadas en diferentes Estados dependerá de que se pueda obtener el reconocimiento de los procedimientos abiertos respecto de cada empresa en otros países y de que los interesados en los diversos procedimientos puedan cooperar en lo que respecta a la coordinación de las actuaciones. En todos aquellos Estados que hayan adoptado el régimen de la Ley Modelo[4], la respuesta será relativamente sencilla, dado que todo procedimiento abierto en el lugar en que el deudor tenga el centro de sus principales intereses será reconocido como procedimiento extranjero principal, en tanto que todo procedimiento abierto en un lugar en que el deudor tenga algún establecimiento podría ser reconocido como procedimiento no principal, por lo que ese reconocimiento surtiría los efectos previstos en la Ley Modelo[5]. No obstante, en todo lugar en que no se haya adoptado el régimen de la Ley Modelo habrá que

[4] El régimen ha sido adoptado en Australia (2008), Colombia (2006), Eritrea (1998), los Estados Unidos de América (2005), Gran Bretaña (2006), las Islas Vírgenes Británicas, territorio de ultramar del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (2005), el Japón (2000), México (2000), Montenegro (2002), Nueva Zelandia (2006), Polonia (2003), la República de Corea (2006), Rumania (2003), Serbia (2004) y Sudáfrica (2000).

[5] Véase el artículo 17 de la Ley Modelo, relativo al reconocimiento, y sus artículos 20 y 21, relativos a los efectos de este.

remitirse al derecho interno, que en general no ha previsto medidas de reconocimiento, asistencia, cooperación o coordinación equivalentes a las de la Ley Modelo[6]. Debido a la ausencia de esas disposiciones, lograr un resultado coordinado puede ser un proceso lento, costoso y, en algunos casos, imposible.

27. Con referencia al examen realizado anteriormente en relación con el centro de los principales intereses de un grupo de empresas, cabe observar que, en la práctica, en varios casos se ha logrado un alto grado de coordinación de varios procedimientos relativos a las empresas de un grupo mediante el uso de acuerdos transfronterizos, en virtud de los cuales los procedimientos relativos a muchas de las empresas, e incluso a todas ellas, pudieron administrarse desde un solo lugar.

28. El Grupo de Trabajo tendrá ante sí una nota de la Secretaría titulada "Proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, coordinación y comunicación en los casos de insolvencia transfronteriza" (A/CN.9/WG.V/WP.83). El Grupo de Trabajo tal vez desee determinar en qué medida en ese documento se abordan lo suficiente las cuestiones relativas a la coordinación y la cooperación en el contexto de los grupos de empresas.

D. Otros problemas

1. Coordinación procesal

29. En lugar de definir con más detalle el concepto de centro de los principales intereses con respecto a cada uno de los miembros de un grupo de empresas, también cabría recurrir a cierta forma de coordinación procesal a través de las fronteras. La coordinación procesal a nivel interno de los procedimientos de insolvencia abiertos con respecto a los miembros de un grupo de empresas se ha examinado anteriormente (proyectos de recomendación 3 a 9, que figuran en el documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.1).

30. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de que los proyectos de recomendación 3 a 9 sobre coordinación procesal se hagan extensivos a las situaciones transfronterizas y, de ser así, las condiciones que regirían.

2. Mancomunación sustantiva del patrimonio

31. Esta cuestión se aborda en el contexto de los grupos de empresas en los proyectos de recomendación 16 a 25 *supra* (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de procurar la mancomunación sustantiva del patrimonio en los casos transfronterizos y, de ser así, determinar si es necesario revisar los proyectos de recomendación en consecuencia.

3. Nombramiento de un solo representante de la insolvencia

32. Esta cuestión se aborda en el contexto de los grupos de empresas en los proyectos de recomendación 26 a 30 *supra* (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3). Las recomendaciones 28 a 30 están basadas en las disposiciones de la Ley Modelo relativas a la coordinación y la cooperación. El Grupo de Trabajo tal vez desee

[6] Véase un análisis del régimen aplicable en 39 países en *Cross-Border Insolvency: A Guide to Recognition and Enforcement*, INSOL International, 2003.

examinar la conveniencia de que se nombre un solo representante de la insolvencia en los casos de insolvencia transfronteriza y, de ser así, la manera en que esos proyectos de recomendación podrían revisarse para aplicarlos en ese contexto.

4. Un solo plan de reorganización

33. Esta cuestión se aborda en el contexto de los grupos de empresas en los proyectos de recomendación 31 y 32 *supra* (A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3). El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de elaborar un solo plan de reorganización en los procedimientos de insolvencia transfronteriza y, de ser así, la manera en que podrían revisarse esos proyectos de recomendación para aplicarlos en ese contexto.

34. Un criterio de índole regional que podría considerarse es el propuesto en los Principios de cooperación en materia de insolvencia entre países del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que aborda la posibilidad de que un plan de reorganización aprobado en el procedimiento principal sea vinculante en los procedimientos no principales, siempre y cuando se apliquen ciertas salvaguardias.

> "Recomendación 5: Efecto vinculante de los planes
>
> Los países del TLCAN deberían hacer legalmente obligatorio para todo tribunal que declare abierto un procedimiento no principal que apruebe el plan de reorganización del procedimiento principal, aun cuando este no cumpla todos los requisitos de derecho interno para la aprobación de dichos planes, siempre y cuando: a) la distribución planificada del valor realizable de la masa prevea una contribución importante de bienes o de operaciones ubicados fuera del país del foro que haya de dar su aprobación; b) el plan haya sido aprobado con arreglo al régimen de votación previsto por la ley del foro del procedimiento principal; c) los acreedores y demás partes interesadas del país del foro hayan tenido una oportunidad equitativa y razonable de participar en el procedimiento principal, y d) el plan no entrañe discriminación indebida alguna por motivos de nacionalidad, ciudadanía, residencia o domicilio. La normativa legal adoptada también debería hacer definitivo y vinculante el plan aprobado en el marco del procedimiento principal en lo concerniente a los derechos de todas las partes interesadas en el curso normal de los negocios del deudor en la misma medida en que ese plan sea vinculante con arreglo a la ley del foro del procedimiento principal."

35. Cuando solo se haya abierto un procedimiento principal, y no haya un procedimiento paralelo en el marco del TLCAN, los Principios disponen, en primer lugar, que el plan aprobado en dicho procedimiento sea definitivo y vinculante para el deudor y para todo acreedor que participe de algún modo en el procedimiento principal. Con ese fin, se entenderá por participación en ese procedimiento la presentación de un crédito, el ejercicio de un derecho de voto o la aceptación de todo bien o suma monetaria que se haya repartido con arreglo al plan. Los Principios disponen, además, que el plan también sea definitivo y vinculante en lo concerniente al reconocimiento de los créditos presentados contra el deudor por todo acreedor ordinario que haya recibido personalmente el debido aviso y sobre el cual se estime que el tribunal goza de competencia en asuntos comerciales

ordinarios con arreglo a la ley del foro del procedimiento principal en lo que respecta al tipo de créditos que haya presentado ese acreedor.

36. En virtud de lo dispuesto en los Principios, todo acreedor que haya participado en el procedimiento principal efectuando alguno de los actos indicados quedará vinculado por el plan aprobado en dicho procedimiento, aun cuando no haya respaldado personalmente el plan, como es el caso de todo acreedor que haya recibido el debido aviso de la apertura del procedimiento y cuyos contactos con el país en que se haya abierto el procedimiento principal sean lo bastante importantes como para que el foro que haya abierto ese procedimiento tenga motivos razonables para ejercer su competencia sobre ese acreedor.

C. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de Insolvencia en su 35º período de sesiones

(A/CN.9/WG.V/WP.83) [Original: inglés]

1. La Secretaría ha preparado las presentes Notas atendiendo a una propuesta que se formuló en el 38º período de sesiones de la Comisión (2005) conforme a la cual habría que realizar una labor suplementaria en materia de cooperación y coordinación en los casos de insolvencia transfronteriza, en particular en lo que respecta a la utilización y negociación de acuerdos de insolvencia transfronteriza; en la propuesta se señaló que este tema complementaba y guardaba una estrecha relación con el fomento y la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, "la Ley Modelo de la CNUDMI") y, en particular, con la aplicación del artículo 27 c).

2. En su 39º período de sesiones (2006), la Comisión acordó que la labor inicial de recopilación de información acerca de la experiencia práctica adquirida en la negociación y utilización de los protocolos de insolvencia transfronteriza se facilitara oficiosamente manteniendo consultas con jueces y profesionales de la insolvencia y que, en su 40º período de sesiones, en 2007, se sometiera a su examen un informe preliminar sobre la marcha de esa labor[1].

3. En la primera parte de su 40º período de sesiones (2007), la Comisión examinó un informe preliminar en el que se exponía la experiencia registrada en materia de negociación y utilización de los protocolos de insolvencia transfronteriza (A/CN.9/629) y expresó su satisfacción por los progresos realizados en la labor de recopilación de experiencia práctica en la negociación y utilización de acuerdos de insolvencia transfronteriza; además, la Comisión reiteró que la Secretaría debería seguir desarrollando oficiosamente esa labor en consulta con jueces, profesionales de la insolvencia y otros expertos[2].

4. En su 41º período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría en la que daba cuenta de los nuevos progresos realizados en dicha labor (A/CN.9/654). La Comisión tomó nota de que se habían mantenido más consultas con jueces y profesionales de la insolvencia y de que la Secretaría había preparado una recopilación de experiencias prácticas, que había organizado siguiendo el esquema del contenido del texto adjuntado al anterior informe presentado a la Comisión (A/CN.9/629). La Comisión decidió que esa recopilación fuera presentada, en forma de documento de trabajo, al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 35º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008) para que procediera a un examen inicial. Tras dicho examen, el Grupo de Trabajo V podría decidir seguir examinando la recopilación en su 36º período de sesiones,

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 209 c).

[2] *Ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17, Part I), párrs. 190 y 191.

previsto para abril y mayo de 2009, y formular sus recomendaciones a la Comisión en su 42º período de sesiones, en 2009, teniendo en cuenta el hecho de que probablemente la coordinación y la cooperación basada en acuerdos de insolvencia transfronteriza tendrían una importancia considerable al buscar soluciones sobre la forma en que habría que regular a nivel internacional la situación de los grupos de empresas en casos de insolvencia. La Comisión decidió planificar la labor de su 42º período de sesiones de 2009 de tal modo que, si fuera necesario, pudiera dedicar tiempo al análisis de las recomendaciones del Grupo de Trabajo V[3].

5. La recopilación de las prácticas seguidas se expone a continuación en el texto del presente documento, titulado Proyecto de Notas de la CNUDMI sobre la cooperación, la comunicación y la coordinación transfronterizas en procedimientos de insolvencia. En la introducción a las Notas se explica el alcance del presente documento, el contenido de cada parte y la forma en que se ha estructurado el texto.

Notas de la CNUDMI sobre la cooperación, la comunicación y la coordinación transfronterizas en procedimientos de insolvencia

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-12
	A. Estructuración y alcance de las Notas	1-4
	B. Glosario	5-12
I.	Antecedentes	1-21
	A. El marco legislativo para la insolvencia transfronteriza	1-4
	B. Iniciativas internacionales	5-21
II.	Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: posibles formas de cooperación en el marco del artículo 27	1-21
	A. Artículo 27 a): nombramiento de una persona para que actúe bajo dirección del tribunal	2-3
	B. Artículo 27 b): comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno	4-10
	C. Artículo 27 c): coordinación de la administración y la supervisión de los bienes del deudor	11
	D. Artículo 27 d): aprobación o aplicación de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos	12-13
	E. Artículo 27 e): coordinación de procedimientos paralelos	14-16

[3] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 321.

F. Artículo 27 f): otras formas de cooperación 17-21

III. Acuerdos transfronterizos empleados para facilitar procedimientos de insolvencia transfronteriza múltiples 1-190

A. Cuestiones preliminares. 1-34

1. ¿Qué es un acuerdo transfronterizo? 4-9

2. Circunstancias que pueden justificar la concertación de un acuerdo transfronterizo 10

3. Momento adecuado para la negociación 11-12

4. Partes en un acuerdo transfronterizo 13-15

5. Capacidad para celebrar un acuerdo transfronterizo 16-20

6. Formato 21-23

7. Disposiciones que suelen contener los acuerdos transfronterizos 24-26

8. Efecto jurídico de los acuerdos transfronterizos. 27-29

9. Salvaguardias. 30-32

10. Posibles problemas y medios para su resolución 33-34

B. Cotejo de acuerdos de insolvencia transfronteriza 35-190

1. Preámbulo 36-47

a) Partes 37-39

b) Antecedentes: génesis de la insolvencia 40-41

c) Alcance del acuerdo 42

d) Finalidad. 43-46

e) Idioma del acuerdo y de las comunicaciones 47

2. Terminología y reglas de interpretación 48-51

a) Terminología 48-49

b) Reglas de interpretación 50-51

3. Tribunales 52-85

a) Cortesía jurídica internacional e independencia de los tribunales. 53-54

b) Asignación de ciertos asuntos a uno de los tribunales 55-70

c) Inhibición del foro. 71-74

d) Derecho a comparecer y a ser oído 75-83

e) Procedimientos futuros 84-85

4. Administración de las actuaciones. 86-101

a) Prelación entre los procedimientos 87-88

b) Paralización de las actuaciones individuales. 89-95

c) Ley aplicable 96-101
5. Reparto de los cometidos o tareas entre las partes en un acuerdo 102-137
a) Medios generales de cooperación 104-106
b) Supervisión de la empresa deudora 107
c) Planes de reorganización 108-112
d) Trato otorgable a los bienes 113-117
e) Legitimidad para entablar actuaciones 118-119
f) Trato otorgable a los créditos 120-134
g) Financiación posterior a la apertura de un procedimiento 135-137
6. Intercambio de comunicaciones 138-171
a) Comunicación interjudicial 140-150
b) Comunicación entre las partes 151-167
c) Confidencialidad de las comunicaciones 168-171
7. Eficacia, modificación, revisión y extinción de los acuerdos 172-180
a) Eficacia del acuerdo y condiciones necesarias para que la adquiera 172-176
b) Modificación, revisión y extinción de un acuerdo 177-180
8. Costas y otros gastos 181-184
9. Salvaguardias 185-190
a) Protección de derechos y de la competencia jurisdiccional 186-188
b) Limitación de la responsabilidad 189
c) Garantías 190
Anexo
Resúmenes de los casos a que se hace referencia en la Parte III.B . . . . . .

Introducción

A. Estructuración y alcance de las Notas

1. Las presentes Notas tienen por objeto dar orientación a los profesionales de la insolvencia y a los jueces sobre los aspectos prácticos de la cooperación y la comunicación en casos de insolvencia transfronteriza, es decir, en los casos en que el deudor insolvente tenga bienes en más de un Estado o en que algunos de los acreedores del deudor no sean ciudadanos del Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia. En esos casos puede haber deudores no vinculados entre sí, pero por lo general los procedimientos suelen afectar a grupos de empresas que tienen oficinas, actividades mercantiles y bienes en múltiples Estados. Esta orientación se basa en las experiencias y prácticas observadas y recopiladas y se

centra en la utilización y negociación de acuerdos transfronterizos, y se hace un análisis de las diversas formas que pueden revestir esos acuerdos, desde los acuerdos escritos aprobados por tribunales hasta los acuerdos verbales entre partes en un procedimiento de insolvencia que se hayan concertado en los casos de insolvencia transfronteriza registrados durante el último decenio. En el anexo de las Notas se presenta un resumen de varios casos de insolvencia a raíz de los cuales se han celebrado tales acuerdos.

2. En la primera parte de las Notas se analiza la creciente importancia que tienen la coordinación y la cooperación en los casos de insolvencia transfronteriza y se presenta una introducción a los diversos textos internacionales en materia de insolvencia transfronteriza que se han elaborado en los últimos años. Esos textos regulan diversos aspectos de la insolvencia transfronteriza, desde la formulación de un marco legislativo para facilitar la cooperación y la coordinación en la insolvencia transfronteriza hasta la forma de abordar las cuestiones que podrían incluirse en acuerdos transfronterizos o que podrían adoptar los tribunales para dar orientación sobre la comunicación transfronteriza.

3. En la segunda parte se analiza extensamente el artículo 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y se examinan diversas formas en que puede lograrse la cooperación en casos transfronterizos.

4. En la tercera parte se analizan en detalle las cuestiones que se regulan en los acuerdos transfronterizos concertados hasta la fecha. En esta parte se examinan diversas cláusulas modelo, que se basan en mayor o menor medida en las disposiciones enunciadas en diferentes acuerdos transfronterizos, concretamente en los que se mencionan en el anexo. Con la inclusión de esas cláusulas en las Notas se pretende ilustrar la forma en que se han abordado o en que cabría abordar distintas cuestiones, pero las cláusulas no tienen la finalidad de servir de disposiciones modelo para su incorporación directa a los protocolos.

B. Glosario

1. Notas sobre la terminología

5. Los siguientes términos y conceptos tienen por objeto orientar al lector de las Notas. Dado que muchos de ellos tienen significados fundamentalmente distintos de un ordenamiento a otro, con la explicación que se da en las Notas del uso de dichos términos y conceptos se espera contribuir a que se entiendan claramente en todos los ordenamientos. En las presentes Notas se emplea, cuando procede, terminología común a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, “la Guía Legislativa de la CNUDMI”). Para facilitar la consulta, esos términos y conceptos se repiten más abajo.

a) Referencia al “tribunal” en las Notas

6. En la Guía Legislativa se parte del supuesto de que se cuenta con supervisión judicial durante todo el procedimiento de insolvencia, lo que podría comprender la facultad de abrir un procedimiento de insolvencia, nombrar al representante de la insolvencia, supervisar sus actividades y adoptar decisiones en el curso del

procedimiento. Aunque esa intervención puede ser apropiada como principio general, cabe considerar otras opciones, como, por ejemplo, cuando los tribunales no estén en condiciones de realizar la labor relativa a la insolvencia (ya sea por falta de recursos, o por falta de la pericia necesaria) o cuando se prefiera que la supervisión esté a cargo de algún otro órgano (véase la primera parte, capítulo III, marco institucional).

7. En aras de la sencillez, la Guía utiliza la palabra "tribunal" en el mismo sentido que en el artículo 2 e) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza para denotar una autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento de insolvencia. Una autoridad u órgano que preste servicios de apoyo o desempeñe funciones definidas en el procedimiento de insolvencia, pero que no cumpla ningún cometido judicialmente resolutorio en este, no podría ser calificado como "el tribunal" en el sentido en que se utiliza el término en la Guía.

b) Reglas de interpretación

8. Los términos empleados en singular abarcan también el plural; los términos "incluye(n)" o "incluido(s)" no significan que la enumeración subsiguiente sea exhaustiva; las expresiones "tales como" y "por ejemplo" deben interpretarse en el mismo sentido que las palabras "incluye(n)" o "incluido(s)".

9. Por "acreedores" se entenderá, salvo indicación en contrario, tanto los acreedores del Estado del foro como los acreedores extranjeros.

10. Por "persona" se entenderá, salvo indicación en contrario, tanto una persona física como una persona jurídica.

c) Remisiones a textos

11. Las presentes Notas remiten, cuando procede, a varios textos internacionales que regulan diversos aspectos de la coordinación de casos de insolvencia transfronteriza, a saber:

i) "Court-to-Court Guidelines": *Guidelines Aplicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases* (Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos), publicadas por el *American Law Institute* (16 de mayo de 2000) y adoptadas por el *International Insolvency Institute* (10 de junio de 2001);

ii) "El Reglamento (CE)": Reglamento (CE) Nº 1346/2000 del Consejo de la Unión Europea, de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia;

iii) "CoCo Guidelines": *European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency* (Directrices europeas para la comunicación y la cooperación en la insolvencia transfronteriza), preparadas por INSOL Europe (Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia), Academic Wing (2007);

iv) "Concordat": *Cross-Border Insolvency Concordat* (Concordato sobre la Insolvencia Transfronteriza), adoptado por el Consejo de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de Abogados (París, 17 de septiembre

de 1995) y por el Consejo de la Asociación Internacional de Abogados (Madrid, 31 de mayo de 1996);

v) "Ley Modelo de la CNUDMI": La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno (1997);

vi) "Guía Legislativa de la CNUDMI": La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (2004).

2. Términos y expresiones y sus definiciones

12. En los párrafos siguientes se explican el significado de ciertas expresiones que aparecen con frecuencia en las Notas y el modo en que se utilizan:

a) "Bienes del deudor": todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sean corporales o 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;

b) "Disposiciones aplicables en materia de impugnación": disposiciones del régimen de la insolvencia que permiten anular o dejar sin efecto ciertas operaciones de transferencia de bienes u operaciones que sean fuente de obligaciones, que hayan sido concertadas con anterioridad al procedimiento de insolvencia, o que permiten recuperar los bienes transferidos o su valor en aras del interés colectivo de los acreedores;

c) "Centro de intereses principales": el lugar donde el deudor lleve a cabo con regularidad la gestión de su negocio y que sea reconocible, como tal, por terceros;

d) "Crédito": el derecho a cobrar una suma con cargo a la masa de la insolvencia del deudor por concepto de una deuda, de un contrato o de otra obligación legal, liquidada o por liquidar, vencida o por vencer, impugnada o sin impugnar, garantizada o no garantizada, fija o contingente;

e) "Apertura del procedimiento": la fecha de apertura efectiva del procedimiento de insolvencia en virtud de la ley aplicable o de una resolución judicial;

f) "Acreedor": toda persona física o jurídica que tenga un crédito frente al deudor que haya surgido en la fecha de la apertura del procedimiento de insolvencia o con anterioridad a ella;

g) "Comité de acreedores" o "junta de acreedores": órgano representativo de los acreedores cuyos miembros son nombrados de conformidad con el régimen de la insolvencia y que gozará de toda facultad consultiva y de otra índole que le sea otorgada por el régimen de la insolvencia;

h) "Acuerdo transfronterizo": un acuerdo concertado, ya sea verbalmente o por escrito, con la finalidad de facilitar la coordinación de un procedimiento de insolvencia transfronteriza, así como la cooperación entre los tribunales, entre los tribunales y los representantes de la insolvencia y entre los representantes de la insolvencia y a veces también otras partes interesadas;

i) "Deudor en posesión": deudor que, en un procedimiento de reorganización, mantiene el pleno control de sus negocios. En tal situación, el tribunal no nombra un representante de la insolvencia;

j) "Inhibición del foro": situación en que un tribunal declina su competencia para conocer de determinadas cuestiones como, por ejemplo, para juzgar ciertas reclamaciones o dictar ciertas órdenes, y se inhibe a favor de otro tribunal;

k) "Bien gravado": todo bien sobre el cual un acreedor haya obtenido una garantía real;

l) "Establecimiento": todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios;

m) "Insolvencia": estado de un deudor que no puede atender al pago general de sus deudas a su vencimiento, o estado financiero de una empresa cuyo pasivo excede del valor de su activo;

n) "Masa de la insolvencia": bienes del deudor que hayan quedado sujetos al procedimiento de insolvencia;

o) "Procedimiento de insolvencia": procedimiento colectivo sujeto a supervisión judicial, que se sustancia con miras a la reorganización o liquidación de una empresa insolvente;

p) "Representante de la insolvencia": la persona o la entidad, incluso cuando su designación sea a título provisional, que haya sido facultada en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de la masa de la insolvencia;

q) "Procedimiento principal": procedimiento de insolvencia que tiene lugar en el Estado en que el deudor tiene su centro de intereses principales;

r) "Procedimiento no principal": procedimiento de insolvencia, distinto de un procedimiento principal, que tiene lugar en un Estado en que el deudor tenga un establecimiento. Los procedimientos no principales sustanciados en Estados miembros de la Unión Europea de conformidad con el Reglamento (CE) se denominan "procedimientos secundarios";

s) "Curso ordinario de los negocios": operaciones realizadas de forma acorde con:

i) la manera en que se llevaban los negocios del deudor antes del procedimiento de insolvencia, y con

ii) las prácticas ordinarias de gestión;

t) "Parte interesada": toda persona cuyos derechos, obligaciones u otros intereses puedan verse afectados inclusive por el procedimiento de insolvencia o por algún incidente dimanante del mismo, entre ellas, el deudor, el representante de la insolvencia, todo acreedor, todo tenedor de alguna participación en el capital social de la empresa, el comité o la junta de acreedores, toda entidad pública o toda otra persona que pueda verse igualmente afectada. Ello no deberá dar lugar a que una persona con un interés remoto o difuso que pueda verse afectado por el

procedimiento de insolvencia pueda ser considerada parte interesada en dicho procedimiento;

u) "Prelación": el derecho de toda persona a gozar de prioridad en el cobro, respecto de otra persona, cuando tal derecho haya nacido por efecto de la ley;

v) "Reorganización": el proceso mediante el cual se restablece la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio de un deudor si se mantiene el negocio en marcha por diversos medios, como, por ejemplo, la condonación de la deuda, el reescalonamiento del servicio de la deuda, la capitalización de esta y la venta de la empresa (o de partes de ella) como negocio en marcha;

w) "Plan de reorganización": el plan para restablecer la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio del deudor;

x) "Procedimientos secundarios": procedimientos no principales sustanciados en Estados miembros de la Unión Europea de conformidad con el Reglamento (CE);

y) "Suspensión o paralización del procedimiento": medida que impide la apertura, o suspende la continuación, de acciones de carácter judicial o administrativo, u otro tipo de acción individual, referentes al activo y al pasivo de la masa de la insolvencia del deudor, inclusive acciones para hacer efectivas las garantías reales contra terceros o ejecutar una garantía real; que paraliza toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia, la resolución de todo contrato en el que el deudor sea parte, y que suspende la transferencia, los gravámenes u otras formas de enajenación de cualesquiera bienes de la masa de la insolvencia o derechos sobre ella.

I. Antecedentes

A. El marco legislativo para la insolvencia transfronteriza

1. Si bien desde el decenio de 1990 ha aumentado notablemente el número de casos de insolvencia transfronteriza, esta tendencia no se ha reflejado en el número de regímenes jurídicos adoptados, tanto nacionales como internacionales, con que hacer frente a tales casos. Muchas veces, la falta de tales regímenes ha hecho que se adoptaran enfoques inadecuados o no coordinados, que no solo han obstaculizado la rehabilitación de empresas con dificultades financieras y la administración equitativa y eficaz de los casos de insolvencia transfronteriza sino que además han impedido que se protegiera y se optimizara el valor de los bienes del deudor insolvente, y su aplicación es imprevisible. Además, las diferencias y los conflictos entre los regímenes nacionales han creado obstáculos innecesarios para el logro de los objetivos económicos y sociales básicos de los procedimientos de insolvencia. A menudo ha habido falta de transparencia al no existir reglas claras sobre el reconocimiento de los derechos y de la prelación de los acreedores existentes, el tratamiento de los acreedores extranjeros y la ley que será aplicable a las cuestiones transfronterizas. Si bien muchas de esas deficiencias ya son evidentes en los regímenes nacionales de la insolvencia, sus repercusiones pueden ser mucho mayores en los casos transfronterizos, particularmente cuando se proceda a la reorganización de una empresa insolvente.

2. Además de la insuficiencia de los regímenes existentes, la incertidumbre acerca de cómo se aplicarán y los costos y las demoras potenciales en su aplicación ha incrementado la inseguridad, lo cual puede repercutir en las corrientes de capital y en la inversión transfronteriza. Hay factores que varían, como la aceptación de distintos tipos de procedimientos, la comprensión de conceptos clave y el trato dado a las partes interesadas en procedimientos de insolvencia. Por ejemplo, hay países en que tienen lugar más procedimientos de reorganización o rehabilitación que en otros. Hay grandes variaciones entre los países en lo que respecta a la participación de los acreedores garantizados en procedimientos de insolvencia y al trato dado a dichos acreedores. Varían también según los países los tipos reconocidos de procedimientos y sus efectos. En el contexto de los procedimientos de reorganización cabe citar, como ejemplo, el caso en que la ley de un Estado prevea que un deudor en posesión de sus bienes siga ejerciendo funciones de gestión, mientras que en otro Estado en el que se lleve a cabo simultáneamente un procedimiento de insolvencia contra el mismo deudor se destituirán los directivos o se liquidará la empresa del deudor. En muchos regímenes nacionales de la insolvencia se ha propugnado que, en sus propios procedimientos de insolvencia, se aplique el principio de la universalidad y se persiga el objetivo de un procedimiento unificado en virtud del cual las órdenes judiciales tengan validez respecto de los bienes ubicados en el extranjero. Al mismo tiempo, esos mismos regímenes no reconocen la universalidad reclamada en procedimientos de insolvencia extranjeros. Además de las diferencias entre conceptos fundamentales y el trato dado a los participantes, algunos de los efectos de los procedimientos de insolvencia, como la aplicación de una paralización o suspensión de acciones contra el deudor o sus bienes, considerados elementos clave de muchos regímenes, no podían trasladarse eficazmente de un país a otro.

3. Además de la falta de esfuerzos de reforma legislativa en los países, ha habido también una ausencia de tratados multilaterales con efecto a nivel mundial. Se han negociado varios tratados de ámbito regional, pero esos acuerdos solo suelen ser posibles (y adecuados) para los países de la región de que se trate cuyos regímenes de la insolvencia y cuyas legislaciones comerciales generales sean similares (véase el párrafo 19 *infra*). La experiencia ha demostrado que, pese al potencial que tienen los tratados internacionales como instrumentos para fomentar una amplia armonización, los esfuerzos de negociación de tales acuerdos han sido sustanciales y, según ha señalado un comentarista, cuanto mayor sea el grado de utilidad práctica que se trate de conseguir mediante un tratado, más costará conseguir que dé resultados y mayor será el riesgo de que termine fracasando. Los intentos de armonizar la legislación en materia de insolvencia en Europa constituyen un buen ejemplo de ello. Desde 1960 se ha intentado formular una convención sobre la quiebra que guarde cierto paralelismo con el Convenio de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Estos esfuerzos culminaron con la adopción de la Convención Europea de 1990 sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra (la Convención de Estambul). Al ser ratificada únicamente por un Estado (Chipre), se sustituyó la Convención por un proyecto de Convenio de la Unión Europea relativo a los procedimientos de insolvencia. Si bien los Estados miembros europeos estuvieron a punto de adoptar ese Convenio en noviembre de 1995, su aplicación resultó imposible. Después de ello, se intentó reavivar el espíritu del Convenio en forma de un reglamento de mayo de 1999, que fue adoptado por el Consejo el 29 de mayo de 2000 y que entró en vigor el 31 de mayo de 2002 (véase el párrafo 20 *infra*).

4. Para hacer frente a la falta de esfuerzos de reforma legislativa a nivel nacional, algunas organizaciones no gubernamentales lanzaron varias iniciativas internacionales con el fin de lograr que se elaborara un marco jurídico para la armonización de los procedimientos de insolvencia transfronteriza. Uno de esos proyectos fue la Ley Modelo sobre la Cooperación Internacional en materia de Insolvencia (MIICA), formulada en el decenio de 1980 bajo los auspicios del Comité J de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de Abogados. Si bien esa Ley Modelo no consiguió una aceptación amplia y activa por parte de los gobiernos y de los legisladores, tuvo el mérito de presentar el concepto de ley modelo como un instrumento viable para resolver la situación de bloqueo provocada por los continuos intentos fallidos de concertar un tratado de ámbito mundial en materia de insolvencia. La experiencia registrada con la Ley Modelo MIICA puso también de manifiesto la importancia de que prosperara un proyecto encaminado a que los gobiernos intervinieran en el proceso de negociación (un elemento clave en el proceso de la CNUDMI), particularmente cuando el texto que se elaborara requiriera medidas gubernamentales para su adopción, ya fueran de carácter legislativo o de otra índole.

B. Iniciativas internacionales

1. Ley Modelo de la CNDUMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

5. La Ley Modelo de la CNUDMI fue adoptada por la Comisión en 1997. Este instrumento se centra en la elaboración del marco legislativo necesario para

facilitar la cooperación y la coordinación en casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los siguientes objetivos generales:

a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de este Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;

b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;

c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;

d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor; así como

e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo.

6. Estos principios plantean una serie de cuestiones relacionadas con la posibilidad de que los tribunales, en el ejercicio de sus facultades de administración de los casos de que conozcan, puedan o estén autorizados a actuar conjuntamente o a ponerse en contacto con tribunales extranjeros que juzguen un caso conexo que afecte al mismo deudor. Por ejemplo, ¿pueden los tribunales tratar equitativamente a las partes interesadas comunes, dar acceso a sus foros a las partes interesadas extranjeras en pie de igualdad con las partes interesadas del país o permitir que la jurisdicción de otro Estado asuma las funciones principales de administración de una reorganización? La experiencia ha demostrado, en concreto, que muchas veces algunos tribunales no pueden o no están dispuestos a traspasar las actuaciones inhibiéndose a favor de un tribunal extranjero y que, por lo tanto, prefieren que haya procedimientos paralelos de insolvencia o considerar que los procedimientos principales y secundarios son procedimientos concurrentes o paralelos. Esa preferencia puede basarse en el derecho aplicable o en el deseo de proteger los intereses de los acreedores nacionales.

7. En su resolución de 1997[4], en la que se recomendaba a los Estados que adoptaran la Ley Modelo de la CNUDMI, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaraba de forma categórica que el texto era necesario y oportuno e indicaba su objetivo fundamental. Concretamente, la Asamblea observó que, debido al aumento de la actividad mercantil y de las inversiones transfronterizas, se producían más casos en que las empresas y las personas físicas tenían bienes en más de un Estado, por lo que en muchos casos era apremiante la necesidad de cooperación y coordinación transfronterizas en la supervisión y administración de los bienes y negocios del deudor insolvente. Con una coordinación y cooperación insuficientes en tales casos no solo se reducía la posibilidad de rehabilitar empresas en dificultades financieras, pero viables, sino que además se impedía una administración equitativa y eficaz de las insolvencias transfronterizas, con lo que aumentaban las probabilidades de que el deudor ocultara o dilapidara bienes y dificultara la reorganización o liquidación de los bienes y negocios del deudor, que sería lo más ventajoso para los acreedores y otras partes interesadas, incluidos los deudores y sus empleados.

[4] Resolución 52/158 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1997.

8. La Asamblea General señalaba además que muchos Estados no tenían establecido un régimen jurídico que posibilitara o facilitara la coordinación y la cooperación transfronterizas. Además, se declaraba convencida de que una legislación equitativa e internacionalmente armonizada sobre la insolvencia transfronteriza, que respetara los regímenes procesales y judiciales nacionales y fuera aceptable para Estados con diferentes ordenamientos jurídicos, sociales y económicos, no solo coadyuvaría al desarrollo del comercio y de las inversiones internacionales sino que además ayudaría a los Estados a modernizar su legislación en materia de insolvencia transfronteriza.

9. Entre 1995 y 1997, un grupo de trabajo intergubernamental, integrado por representantes de 72 Estados, siete organizaciones intergubernamentales y diez organizaciones no gubernamentales, negoció la Ley Modelo de la CNUDMI. Como Ley Modelo, es preciso incorporar este instrumento al derecho interno a fin de que sirva de marco legislativo unilateral para la insolvencia transfronteriza. La Ley Modelo de la CNUDMI se centra en lo requerido para facilitar la administración de los casos de insolvencia transfronteriza y para crear vínculos entre ordenamientos jurídicos y, por lo tanto, respeta las diferencias que se dan de un derecho procesal interno a otro y no intenta unificar el derecho sustantivo de la insolvencia (el derecho sustantivo de la insolvencia se aborda en la Guía Legislativa de la CNUDMI).

10. El texto de la Ley Modelo de la CNUDMI ofrece soluciones que pueden ser útiles por razones que, no por modestas, dejan de ser significativas y que giran en torno a cuatro elementos clave: a) el acceso a los tribunales internos para los representantes de procedimientos de insolvencia sustanciados en el extranjero y para los acreedores; b) el reconocimiento de determinadas órdenes dictadas por tribunales extranjeros; c) el otorgamiento de medidas para ayudar a sustanciar procedimientos extranjeros; y d) las medidas para facilitar la cooperación entre los tribunales de los Estados en que estén ubicados los bienes del deudor.

11. Entre las soluciones que brinda la Ley Modelo de la CNUDMI cabe citar las siguientes:

a) Dar acceso a la persona que administre un procedimiento de insolvencia extranjero ("representante extranjero") a los tribunales del Estado promulgante, lo que le permitirá recabar cierto "margen" temporal, y dará ocasión para que esos tribunales puedan determinar qué medidas de coordinación judicial o de otra índole procede otorgar para optimizar la administración de la insolvencia;

b) Determinar cuándo debe otorgarse el "reconocimiento" a un procedimiento de insolvencia extranjero y cuáles serán las consecuencias de ese reconocimiento;

c) Formular procedimientos simplificados para el reconocimiento;

d) Enunciar en términos transparentes el derecho de los acreedores a entablar un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante o a participar en un procedimiento de esa índole;

e) Facultar a los tribunales y a los representantes de la insolvencia del Estado promulgante para cooperar más eficazmente con los tribunales y representantes extranjeros que intervengan en un asunto de insolvencia;

f) Autorizar a los tribunales del Estado promulgante y a las personas que administren procedimientos de insolvencia en ese Estado a solicitar asistencia en el extranjero;

g) Determinar la competencia de los tribunales y establecer reglas para la coordinación en caso de haberse abierto procedimientos paralelos en el Estado promulgante y en otro Estado; y

h) Establecer reglas para la coordinación de las medidas otorgadas en el Estado promulgante en favor de dos o más procedimientos de insolvencia que tal vez se sigan en Estados extranjeros respecto de un mismo deudor.

12. La falta de un marco legislativo y la incertidumbre sobre las facultades del tribunal local para cooperar con tribunales extranjeros limitan muy a menudo la cooperación y coordinación entre tribunales de diversas jurisdicciones en casos de insolvencia transfronteriza. Como ya se ha señalado, la Ley Modelo de la CNUDMI tiene por objeto ayudar a los Estados a dotar a sus respectivos regímenes de la insolvencia de tal marco legislativo moderno y armonizado.

13. En la Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI al derecho interno se hace hincapié en el carácter primordial que tiene la cooperación en los casos de insolvencia transfronteriza para que los procedimientos puedan sustanciarse de manera eficaz y se optimicen sus resultados. A este respecto, un elemento crucial es la cooperación entre los tribunales que llevan a cabo los diversos procedimientos de un determinado caso (artículo 25) y entre esos tribunales y los representantes de la insolvencia nombrados en cada uno de los procedimientos (artículo 26). Un factor clave de la cooperación puede ser el establecimiento de comunicaciones entre las autoridades administradoras de los Estados pertinentes. Si bien en la Ley Modelo de la CNUDMI se prevé la autorización de la cooperación y comunicación transfronterizas entre jueces, no se especifica la forma en que podrán mantenerse tal cooperación y tal comunicación, con lo que corresponde a cada jurisdicción determinar o aplicar sus propias reglas. En cambio, en la Ley Modelo sí se señala que la habilitación de un tribunal, con la oportuna participación de las partes, para comunicar "directamente" y para solicitar información y asistencia "directamente" del tribunal o del representante extranjero, trata de evitar que se haya de recurrir a ciertas vías tradicionales demasiado lentas, como sería la carta rogatoria. Esa habilitación es esencial si el tribunal juzga que ha de actuar con celeridad[5].

14. En agosto de 2008 se habían aprobado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI en los siguientes países y territorios: Australia (2008), Colombia (2006), Eritrea (1998), los Estados Unidos de América (2005), Gran Bretaña (2006), Islas Vírgenes Británicas (territorio ultramarino del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) (2005), el Japón (2000), México (2000), Montenegro (2002), Nueva Zelandia (2006), Polonia (2003), la República de Corea (2006), Rumania (2003), Serbia (2004) y Sudáfrica (2000).[6]

---

[5] Ley Modelo de la CNUDMI, Guía para la incorporación al derecho interno, párr. 179.

[6] Esta información se actualiza periódicamente en la página de la CNUDMI en Internet: www.uncitral.org (véase "Textos de la CNUDMI y su situación").

2. Cross-Border Insolvency Concordat, de la Asociación Internacional de Abogados

15. Una iniciativa distinta fue la que adoptó el Comité J de la Asociación International de Abogados, que a principios del decenio de 1990 elaboró un Concordato sobre la Insolvencia Transfronteriza basado en reglas de derecho internacional privado. La finalidad del Concordato era sugerir directrices para las insolvencias transfronterizas y las reorganizaciones que los participantes y los tribunales pudieran adoptar para resolver en la práctica diversas cuestiones. Entre ellas cabe citar la designación del foro administrativo; la aplicación de las reglas de dicho foro en materia de prelación; las reglas aplicables a los casos en que haya más de un foro administrativo; y la determinación de las reglas aplicables para la anulación de ciertas operaciones concretas realizadas antes de la insolvencia. El Concordato se aplicó inicialmente en casos en que los Estados afectados eran el Canadá y los Estados Unidos, y lo aplicaron algunos de los jueces que habían contribuido a la elaboración del Concordato. En varias ocasiones, los Estados Unidos y el Canadá han concertado protocolos de insolvencia fronteriza basados en el Concordato; también se han concertado tales protocolos entre los Estados Unidos e Israel, las Bahamas, las Islas Caimán, Inglaterra, las Bermudas y Suiza.

16. Este tipo de cooperación se ha convertido en práctica habitual, al menos en ciertos Estados. La ausencia de tratados formales o de legislación interna que regule los problemas derivados de los casos de insolvencia transfronteriza ha incitado a los profesionales de la insolvencia a formular estrategias y técnicas, caso por caso, para resolver los conflictos que se planteaban cuando los tribunales de distintos Estados trataban de aplicar diferentes leyes e imponer distintos requisitos a los mismos conjuntos de partes. Las disposiciones y la duración de los protocolos varían de un caso a otro, y al enmendarse o modificarse los protocolos durante los procedimientos se tiene en cuenta la dinámica variable de una insolvencia plurinacional para facilitar soluciones de los problemas singulares que puedan surgir durante el procedimiento.

17. La primera vez que se utilizó un protocolo fue en 1992 con motivo de la insolvencia de *Maxwell Communication Corporation*[7], empresa que quedó sujeta a administración en Inglaterra y, al mismo tiempo, a procedimientos del capítulo 11 en Nueva York, nombrándose, respectivamente, a administradores y a un síndico. Los protocolos tal vez no sean la solución apropiada para todos los casos; cada uno tendrá su contenido específico y su negociación requerirá tiempo, lo que constituirá una base suficiente para justificar la negociación y la cooperación entre los dos tribunales y entre los profesionales de la insolvencia en cada jurisdicción. No obstante, los casos en que se ha recurrido a protocolos de insolvencia transfronteriza constituyen ejemplos del modo en que la cooperación y la coordinación entre los jueces, los tribunales y los profesionales de la insolvencia pueden mejorar el derecho internacional de la insolvencia cuando no se hayan encontrado soluciones mediante reformas legislativas generales de ámbito nacional, regional o internacional. Con frecuencia, los protocolos han ofrecido soluciones innovadoras ante problemas transfronterizos y han permitido a los tribunales abordar los hechos concretos de cada caso. Si bien se limita la utilización que se haga de los protocolos para lograr una armonización más amplia del derecho internacional de la

[7] Todos los nombres de casos que se citan en el texto vienen enumerados en el anexo; cuando los casos no figuran en el anexo, se incluye una cita completa en una nota de pie de página.

insolvencia y de la práctica, cada vez se utilizan más los protocolos y la información sobre ellos está cada vez más difundida.

3. Acuerdos regionales

18. Si bien se han negociado algunos tratados a nivel regional, esos acuerdos solo suelen ser posibles (y adecuados) para los países de una región concreta cuyos regímenes de la insolvencia y cuya legislación comercial general sean similares. Por necesidad, la aplicación de esos acuerdos se circunscribe al grupo regional de los Estados contratantes.

19. Entre los tratados multilaterales de ámbito regional cabe destacar: en América Latina, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 y, en la región nórdica, la Convención sobre la quiebra entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia (concertada en 1933 y enmendada en 1977 y 1982). Aunque sin duda estos tratados regionales mejoran la situación entre sus respectivos Estados contratantes, es probable que la creciente mundialización de los negocios y de las inversiones y la consiguiente extensión de las insolvencias internacionales afecte a Estados no participantes, lo cual pone de relieve las limitaciones inherentes a todo régimen convencional de ámbito regional. No obstante, los acuerdos regionales pueden resultar útiles, como etapa inicial, para una cooperación más amplia.

20. Como ya se ha señalado, el Reglamento (CE) regula los complejos problemas de la insolvencia transfronteriza estableciendo un marco vinculante en cuyo contexto todo procedimiento de insolvencia que tenga lugar en un Estado miembro de la UE puede reconocerse y ejecutarse en el resto de los países de la Unión. En el Reglamento (CE) se reconoce que, para que su mercado interno funcione debidamente, es preciso que los procedimientos de insolvencia transfronteriza puedan sustanciarse de manera eficaz y eficiente. Un obstáculo para tal eficacia, que se trata de impedir en el Reglamento, es la elección del foro más conveniente (*forum shopping*), consistente en que las partes transfieren sus bienes o trasladan los litigios de un Estado miembro a otro en busca de una posición jurídica más favorable[8]. El Reglamento (CE) impone un régimen imperativo para el ejercicio de la competencia para abrir procedimientos de insolvencia y la elección de reglas de derecho, que determinen la ley que regirá cada aspecto pertinente del procedimiento de insolvencia al que se aplique el Reglamento, y reconoce la importancia de la cooperación entre los procedimientos. En el artículo 31 se impone a los síndicos o representantes de la insolvencia de los distintos procedimientos de insolvencia paralelos la obligación de cooperar y de comunicar información, pero no se detalla mucho el grado necesario de comunicación y cooperación. Esta cuestión se aborda en las "CoCo Guidelines" (Directrices europeas para la comunicación y la cooperación en la insolvencia transfronteriza), preparadas bajo los auspicios de la *Academic Wing* de *INSOL Europe*, que constituyen una serie de pautas para la comunicación y la cooperación que pueden seguir los representantes de la insolvencia en casos de insolvencia transfronteriza.

[8] Preámbulo del Reglamento (CE), considerandos 2) y 4).

4. *Guidelines Aplicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases* (Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos)

21. En 2000, el *American Law Institute* (ALI) elaboró las Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos (en adelante, "las Court-to-Court Guidelines") en el marco de su labor sobre la insolvencia transnacional en los Estados partes en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Las *Court-to-Court Guidelines* tienen por objeto fomentar y facilitar la cooperación en casos internacionales de insolvencia. No pretenden alterar ni modificar las reglas o los procedimientos internos aplicables en cada país ni menoscabar o afectar a los derechos sustantivos de las partes en procedimientos que se sigan ante los tribunales.

II. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: posibles formas de cooperación en el marco del artículo 27

1. La falta de un marco legislativo y la incertidumbre sobre las facultades del tribunal local para cooperar con tribunales extranjeros limitan a menudo en gran medida la cooperación y coordinación entre tribunales de diversas jurisdicciones en casos de insolvencia transfronteriza. Como ya se ha señalado, la Ley Modelo de la CNUDMI brinda este marco legislativo autorizando la cooperación y comunicación entre tribunales de distintos países. Sin embargo, la Ley Modelo no especifica la forma en que pueden lograrse esa cooperación y esa comunicación. A fin de prestar asistencia a los Estados en que no sea muy habitual la cooperación transfronteriza directa entre los tribunales y a los Estados que tradicionalmente limiten el poder discrecional de los tribunales, en el artículo 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI se enumeran posibles formas de cooperación a las que cabe recurrir para coordinar casos de insolvencia transfronteriza.

A. Artículo 27 a): nombramiento de una persona para que actúe bajo dirección del tribunal

2. Esta persona puede ser nombrada por un tribunal con la misión de facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia que tengan lugar en distintos Estados y que afecten al mismo deudor. Las funciones de esa persona pueden consistir, por ejemplo, en actuar de intermediaria entre los tribunales pertinentes, especialmente cuando haya problemas de idiomas; elaborar un protocolo; y promover entre las partes una solución de consenso de los problemas planteados. Cuando el tribunal nombre a tal persona, en la orden que dicte al respecto indicará las condiciones del nombramiento y las facultades que podrá ejercer la persona designada. Dicha persona puede tener que informar periódicamente al tribunal o a los tribunales en que tengan lugar los procedimientos, así como a las partes.

3. En el caso *Maxwell*, por ejemplo, el tribunal de los Estados Unidos nombró un síndico con amplios poderes, de conformidad con el capítulo 11 del Código de la Quiebra (*Bankruptcy Code*) de los Estados Unidos y le dio órdenes de que facilitara la coordinación de los distintos procedimientos. En el caso *Nakash*, el tribunal de los Estados Unidos nombró también un síndico, encomendándole, entre otras cosas, que elaborara un protocolo para armonizar y coordinar los procedimientos seguidos conforme al capítulo 11 en los Estados Unidos con ciertos procedimientos que

tenían lugar en Israel con el objetivo final de propiciar una solución por consenso del caso seguido en los Estados Unidos conforme al capítulo 11. En el caso *Matlack*, el acuerdo transfronterizo preveía que el intermediario presentara al tribunal periódicamente, o a instancia del mismo, informes en los que resumiera la situación de los procedimientos de insolvencia extranjeros y proporcionara al tribunal toda otra información que exigiera.

B. Artículo 27 b): comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno

4. Un elemento esencial de la cooperación puede ser el establecimiento de comunicaciones entre las autoridades de los Estados pertinentes que administren procedimientos. Los artículos 25 y 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI autorizan las comunicaciones directas entre tribunales, entre tribunales y representantes de la insolvencia y entre representantes de la insolvencia. En los casos en que se haya adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI, estas disposiciones constituyen la autorización legislativa necesaria para tal comunicación, pero en ellas no se especifican detalles sobre cómo debe efectuarse esa comunicación; tan solo se indica, en el artículo 27, que, por ejemplo, la comunicación podrá efectuarse por cualquier medio considerado oportuno por el tribunal. La Ley Modelo de la CNUDMI prevé que las comunicaciones autorizadas estarán sujetas a toda norma de derecho imperativo aplicable en el Estado promulgante, por ejemplo, a las reglas que restrinjan la comunicación de información con fines como el de proteger los datos personales o la confidencialidad[9]. La habilitación de un tribunal para comunicar "directamente" y para solicitar información y asistencia "directamente" del tribunal o de representantes extranjeros, con la que se trata de evitar que se deba recurrir a ciertas vías tradicionales demasiado lentas, como la de la carta rogatoria, es esencial si el tribunal juzga que ha de actuar con celeridad[10].

5. El establecimiento de comunicación en casos de insolvencia transfronteriza puede ser de utilidad en muchos aspectos de los procedimientos transfronterizos. Concretamente, puede ayudar a las partes a comprender mejor las consecuencias o la aplicación de un derecho extranjero, en particular las diferencias o los solapamientos que, en otro caso, podrían dar lugar a litigios; la comunicación también puede propiciar soluciones negociadas aceptables para todas las partes, y suscitar reacciones más fiables de ellas, evitando así las manifestaciones parciales y las distorsiones de los hechos inherentes a los procedimientos en que las partes defienden sus intereses particulares en sus propias jurisdicciones. La comunicación puede también fomentar los intereses internacionales facilitando una mejor comprensión que a su vez contribuirá a fomentar los negocios internacionales y a preservar el valor que, de otro modo, se perdería a causa de la fragmentación de las acciones judiciales. De entrada, puede ser difícil determinar los beneficios potenciales de la comunicación, que tal vez no se hagan patentes hasta que se haya mantenido tal comunicación. Por ejemplo, la comunicación transfronteriza puede poner en evidencia algún hecho o procedimiento que conformará sustancialmente la solución óptima del caso y, a más largo plazo, puede impulsar la reforma legislativa.

---

[9] Ley Modelo de la CNUDMI, Guía para la incorporación al derecho interno, párr. 182.
[10] *Ibid.*, párr. 179.

6. La comunicación de información puede tener lugar por medio de un intercambio de documentos (por ejemplo, copias de órdenes oficiales, sentencias, opiniones, motivos de justificación de decisiones, transcripciones de actuaciones, declaraciones juradas por escrito y otras pruebas) o verbalmente. Los medios de comunicación pueden ser el correo postal, el fax o el correo electrónico, o las llamadas telefónicas simples o por videoconferencia. También pueden facilitarse a las partes copias de comunicaciones escritas de acuerdo con las disposiciones aplicables sobre notificaciones. La comunicación puede efectuarse directamente entre jueces o entre funcionarios judiciales o a través de ellos (o, como se ha señalado, con un intermediario nombrado por el tribunal) o entre representantes de la insolvencia, según lo que dispongan las reglas del país. El desarrollo de nuevas tecnologías de comunicación fomenta diversos aspectos de la cooperación y coordinación, con la posibilidad de reducir las demoras y, en su caso, de facilitar el contacto personal cara a cara. Estos métodos de comunicación directa se utilizan cada vez más, a medida que se multiplican los litigios a nivel mundial.

7. La comunicación de información entre jueces u otras partes interesadas plantea una serie de cuestiones que sería preciso tener en cuenta para asegurar que las comunicaciones sean abiertas, eficaces y fidedignas y que se sigan los debidos procedimientos. De forma general, podría ser apropiado estudiar si la comunicación debería tratarse como una cuestión de rutina en los procedimientos de insolvencia transfronteriza o si solo debería recurrirse a ella cuando se considerara estrictamente necesaria; si únicamente debería mantenerse con respecto a cuestiones de procedimiento o si también podría abarcar cuestiones sustantivas; si un juez podría propugnar la adopción de determinados criterios de acción; y, respecto de las salvaguardias, como las que se mencionan más abajo (véase la tercera parte, párrafos 30 a 32 y 185 a 188 *infra*), si las salvaguardias debieran poder aplicarse en todos los casos o si podría haber excepciones.

8. En todo caso concreto, será necesario determinar, según proceda en la jurisdicción pertinente: los procedimientos correctos que deberán seguirse, inclusive las personas que participarán en la comunicación y toda limitación eventualmente aplicable; las cuestiones que deberán tomarse en consideración; si las partes abrigan las mismas intenciones o tienen la misma concepción de la comunicación; toda salvaguardia que será aplicable para proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes; el idioma en que se realizará la comunicación y, en su caso, la necesidad de traducir documentos escritos o de interpretar comunicaciones verbales; y los métodos aceptables de comunicación. Conforme a las salvaguardias, las partes (es decir, todas ellas y sus representantes o letrados) pueden tener derecho a que se les notifique toda comunicación propuesta y el objeto de la misma, así como a estar presentes cuando se efectúe la comunicación y a participar en ella y que tal comunicación conste en acta, figurando así en las actas de los procedimientos y quedando a la disposición de los letrados de ambos tribunales, a reserva de las medidas de protección de la confidencialidad que los tribunales puedan estimar convenientes.

9. Si no se ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI, puede faltar la autorización legislativa para efectuar una comunicación en procedimientos de insolvencia transfronteriza. Los distintos enfoques adoptados para la comunicación entre los tribunales y las partes sirven para ilustrar algunos de los problemas que pueden plantearse. Además de la ausencia de una autorización específica, ocurre

muchas veces que los tribunales de distintas jurisdicciones vacilan a la hora de comunicarse directamente entre sí o son renuentes a tal comunicación. Estas vacilaciones o renuencias pueden obedecer a consideraciones éticas; a las tradiciones jurídicas; al idioma; o al desconocimiento de las leyes extranjeras y de su forma de aplicación. Algunos Estados adoptan una actitud relativamente liberal en lo que se refiere a la comunicación entre jueces, mientras que, en otros, los jueces no pueden comunicarse directamente con las partes o con los representantes de la insolvencia ni con otros jueces. En algunos Estados, se considera que las comunicaciones con el juez por iniciativa de una parte son normales y necesarias, mientras que en otros tales comunicaciones no resultan aceptables[11]. Dentro de cada Estado, los jueces y los abogados pueden tener distintas opiniones sobre si es apropiado que los jueces mantengan contactos sin el conocimiento o la participación de los abogados de las partes. Por ejemplo, algunos jueces no ven reparos en mantener contactos privados entre sí, mientras que algunos abogados discrepan vehementemente de esa práctica. Habitualmente, los tribunales se centran en los asuntos que juzgan y pueden ser renuentes a la hora de prestar asistencia a procedimientos conexos sustanciados en otros Estados, particularmente cuando los procedimientos de los que sean responsables no parezcan implicar ningún elemento internacional, como un deudor extranjero, acreedores extranjeros u operaciones extranjeras.

10. Los tribunales pueden adoptar directrices, como las *Court-to-Court Guidelines*, para coordinar sus actividades, fomentar la eficiencia y garantizar que las partes interesadas de cada Estado sean tratadas con coherencia. Habitualmente, esas directrices no tienen por objeto alterar ni modificar las reglas o procedimientos internos aplicables en un determinado país y tampoco tienen la finalidad de menoscabar o afectar a los derechos sustantivos de ninguna parte en los procedimientos que se lleven a cabo ante los tribunales. Las directrices pretenden más bien promover una comunicación transparente entre los tribunales, permitiendo así que tribunales de distintas jurisdicciones se comuniquen entre sí, y pueden ser adoptadas por el tribunal para su aplicación general o incorporarse a acuerdos transfronterizos concretos.

C. Artículo 27 c): coordinación de la administración y la supervisión de los bienes del deudor

11. La sustanciación de procedimientos de insolvencia transfronteriza requerirá a menudo la utilización, liquidación en efectivo o enajenación de los bienes de las distintas masas de la insolvencia. Durante el procedimiento al coordinarse esa utilización, liquidación en efectivo y enajenación se contribuirá a evitar controversias y a que lo primordial sea el beneficio de todas las partes interesadas, particularmente en una reorganización. Entre las cuestiones que deben tenerse en cuenta para facilitar la coordinación cabe destacar: la ubicación de los distintos bienes; la determinación de la ley que rija los bienes y de las partes encargadas de determinar

[11] Por ejemplo, en los países del TLCAN, las comunicaciones con el juez a instancia de parte son aceptadas en México, pero no ocurre lo mismo en el Canadá y en los Estados Unidos. Véase *Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries*, del *American Law Institute*, *Procedural Principle* 10, *Topic* IV.B., comentario, págs. 57 y 58.

el modo en que los bienes podrán utilizarse o enajenarse (por ejemplo, el representante de la insolvencia, los tribunales o, en algunos casos, el deudor), inclusive de las aprobaciones requeridas; la posibilidad de dividir la responsabilidad por esos bienes entre esas distintas partes en los diferentes Estados, o el modo de asignar a dichas partes tal responsabilidad; y la forma en que podrá compartirse la información para asegurar la coordinación y la cooperación. La coordinación puede también ser importante a la hora de hacer indagaciones sobre los bienes del deudor y de plantearse posibles acciones de anulación.

D. Artículo 27 d): aprobación o aplicación de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos

12. Como ya se ha señalado, el conjunto de las partes interesadas en los procedimientos de insolvencia, ante la necesidad cotidiana de resolver casos de insolvencia y de intentar coordinar la administración de procedimientos de insolvencia transfronteriza mientras no se adopten de forma generalizada regímenes nacionales o internacionales que faciliten los procedimientos, ha formulado acuerdos transfronterizos con el fin de regular los posibles conflictos procesales y sustantivos que puedan plantearse en casos de insolvencia de esta índole, facilitando su resolución mediante la cooperación entre los tribunales, el deudor y otras partes interesadas de distintos países a fin de trabajar con eficiencia y de incrementar las liquidaciones en efectivo en beneficio de las partes interesadas de jurisdicciones potencialmente concurrentes.

13. Con la adopción de estos acuerdos transfronterizos no se suplanta la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI al derecho interno como instrumento para facilitar la cooperación y la coordinación transfronterizas, pero dichos acuerdos pueden utilizarse paralelamente a la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, llegando incluso a complementarla. Estos acuerdos se examinan detalladamente en la tercera parte *infra*.

E. Artículo 27 e): coordinación de procedimientos paralelos

14. Cuando se sustancien procedimientos transfronterizos paralelos que afecten a un mismo deudor, la Ley Modelo de la CNUDMI trata de fomentar la adopción de las decisiones óptimas para que se logren los objetivos de ambos procedimientos. En el artículo 29 se da orientación al tribunal cuando este tenga que dirimir casos en que el deudor esté sujeto a procedimientos nacionales y extranjeros a la vez, regulando las formas en que cabría coordinar esos procedimientos, en particular en lo relativo al otorgamiento de medidas, para asegurar que puedan llevarse adelante las medidas requeridas en los distintos procedimientos sin que queden innecesariamente suspendidas a raíz de una orden de paralización. Por ejemplo, la investigación de los bienes del deudor puede afectar a bienes ubicados en distintos Estados y estas indagaciones pueden verse obstaculizadas por una medida de paralización dictada en una o varias de esas jurisdicciones. Para poder llevar adelante la investigación, puede ser preciso obtener una exención de la paralización. Del mismo modo, un procedimiento entablado en un Estado puede verse beneficiado por la aplicación de una medida de paralización en otro Estado en que no se haya abierto ningún procedimiento de insolvencia con respecto al deudor, pero en que

este tenga bienes. El reconocimiento de la paralización dictada en ese segundo Estado contribuiría a proteger los bienes del deudor en beneficio de todos los acreedores. Al reconocer y aplicar una medida de paralización dictada por otro tribunal, el tribunal que juzgue el caso puede consultar al otro tribunal acerca de a) la interpretación y aplicación de la medida de paralización y de una posible modificación de esta o del otorgamiento de una exención de los efectos de la paralización, y b) la ejecución de la medida de paralización.

15. Los procedimientos paralelos también pueden coordinarse mediante audiencias conjuntas (véase la tercera parte, párrafos 145 a 150 *infra*) y, en el caso de una reorganización, coordinando los planes de reorganización, particularmente cuando en cada uno de los Estados con procedimientos de insolvencia se requiera el mismo plan o un plan similar. La coordinación puede ser importante a la hora de preparar el plan; para la negociación con los acreedores; para los procedimientos de aprobación; para la función desempeñada por los tribunales, en particular en lo que respecta a la aprobación del plan y a su ejecución.

16. En el capítulo V de la Ley Modelo de la CNUDMI (artículos 28 a 32) se regulan algunos aspectos concretos de la coordinación de procedimientos paralelos, a saber, la apertura de procedimientos en el país tras reconocerse los procedimientos principales extranjeros; la coordinación de las medidas otorgables; la coordinación de varios procedimientos; la aplicación de una presunción de insolvencia; y las reglas de pago para procedimientos paralelos.

F. Artículo 27 f): otras formas de cooperación

17. A continuación se exponen algunas formas de cooperación que no se mencionan explícitamente en el artículo 27.

a) Cuestiones de jurisdicción y de asignación de controversias entre los tribunales que cooperan en la resolución de un caso

18. Para lograr un nivel apropiado de cooperación puede ser preciso que los tribunales situados en los Estados en que se hayan abierto procedimientos de insolvencia coordinen sus esfuerzos y eviten los tipos de conflicto que pueden surgir cuando se siguen los criterios tradicionales de la reciprocidad y de la regla del primero que juzga (en virtud de la cual pueden sustanciarse litigios paralelos en dos países con las mismas partes y sobre las mismas cuestiones, prevaleciendo la primera sentencia que se dicte). En algunos países también pueden ser importantes las órdenes de no presentar demandas, que impiden a una parte abrir o reanudar un procedimiento en otra jurisdicción. La cooperación puede implicar, por ejemplo, que se determinen las distintas cuestiones que se presentarán ante los tribunales respectivos (que pueden convenirse entre las partes sin necesidad de que los tribunales dicten una resolución); la inhibición de tribunales a favor de la jurisdicción o de las decisiones de otros tribunales; y, en la medida en que esté permitido, el reparto de responsabilidades entre los tribunales para juzgar diversas cuestiones con el fin de facilitar la coordinación y de evitar solapamientos. Entre algunos Estados existe la tendencia consistente en que algunos tribunales que juzgan casos transnacionales tratan de determinar el foro idóneo para cada caso, en vez de seguir las reglas tradicionales. Esta solución se ha utilizado muy frecuentemente en

los casos de insolvencia por ser típico que en esos casos el tribunal tienda a atribuirse una competencia universal.

19. La determinación del foro más apropiado puede implicar que un tribunal se inhiba a favor de otro. También puede suponer que se desestime una acción judicial incoada ante un tribunal para permitir que dicte una resolución el tribunal en que se haya abierto una acción paralela[12]. También puede implicar que un tribunal confiera jurisdicción a otro cuando, por ejemplo, una acción judicial pueda sustanciarse en el segundo tribunal, pero no en el primero. En el caso *Maxwell*, por ejemplo, un acreedor habría estado sujeto a una acción de anulación en los Estados Unidos, pero no en el Reino Unido; el tribunal del Reino Unido traspasó sus competencias al tribunal de los Estados Unidos, tras convenir que la aplicación de la ley de los Estados Unidos en este caso sería territorial. No obstante, el tribunal de los Estados Unidos, tras examinar la causa, llegó a la conclusión de que la demanda debería regirse por la ley de la jurisdicción que tuviera mayor interés en el resultado de la controversia que, en este caso, era la ley de Inglaterra. El tribunal de los Estados Unidos reconoció que "en la era de las empresas transnacionales, puede darse el caso de que dos o más países tengan el mismo derecho a considerar que son el país de origen del deudor". En otros casos se ha seguido el criterio consistente en determinar, entre las distintas jurisdicciones interesadas en un caso de insolvencia transfronteriza, qué ley sustantiva es la aplicable teniendo en cuenta el Estado que tenga el mayor interés en el caso[13].

20. Puede ocurrir que no sea posible en todos los casos que los tribunales se inhiban a favor de otro tribunal, ya que muchas veces están obligados a ejercer su jurisdicción o su control exclusivo sobre ciertas cuestiones. Además, en algunos ordenamientos jurídicos existen reglas procesales que limitan la posibilidad de inhibirse a favor de otro tribunal. En particular, en los ordenamientos de derecho civil es posible que los tribunales no puedan inhibirse a favor de un tribunal extranjero. Sin embargo, el representante de la insolvencia puede tener la facultad discrecional de simplemente inhibirse y no llevar adelante una determinada acción ante el tribunal de su país, dejando así que el representante de un procedimiento conexo que se lleve a cabo en otro país prosiga la acción en dicho país.

b) Coordinación de presentación de los créditos y de la verificación de su admisibilidad y de su prelación

21. La coordinación de los procedimientos para la verificación y admisión de créditos puede facilitar la administración de los múltiples procedimientos de insolvencia transfronteriza en los que haya un gran número de acreedores afectados en distintos países. Cabría adoptar diversas medidas, por ejemplo: determinar una jurisdicción única para la presentación, la verificación y la admisión de los créditos y asignar la competencia en ese proceso al tribunal o al representante de la

---

[12] A este respecto cabe citar dos ejemplos: *Victrix Steamship Co., S.A. v. Salen Dry Cargo A.B., 825 F.2d 709* (*2d Cir. 1987*), causa en la que un tribunal de los Estados Unidos decidió desestimar una demanda contra un deudor en un procedimiento de insolvencia en Suecia inhibiéndose a favor de dicho procedimiento; *Cunard Steamship Co. v. Salen Reefer Serv. A.B., 773 F.2d 452* (*2d Cir. 1985*), causa en que se desestimó de modo similar una demanda de arbitraje para que se resolviera en el marco de un procedimiento de insolvencia.

[13] Véase la causa *Lernout & Hauspie Speech products N.V., 301 B.R. 651, (Bankr. D. Del., 2003), affirmed 308 B.R. 672* (*U.S. D. Del.* (*2004*)).

insolvencia; coordinar el proceso cuando deban presentarse créditos en más de un procedimiento y requerir también a los representantes de la insolvencia que intercambien listas de acreedores y de los créditos admitidos, y armonizar los plazos y procedimientos para la presentación de créditos; prever el reconocimiento en otros Estados de los créditos verificados y admitidos en un Estado; fijar la prelación de los créditos, y otras medidas. La coordinación del trato dado a los créditos es una de las cuestiones que normalmente se regulan en los acuerdos transfronterizos (véase la tercera parte, párrafos 120 a 131 *infra*).

III. Acuerdos transfronterizos empleados para facilitar procedimientos de insolvencia transfronteriza múltiples

A. Cuestiones preliminares

1. Como ya se ha observado, los *acuerdos transfronterizos* constituyen uno de los instrumentos destinados a facilitar la gestión de insolvencias transfronterizas múltiples.

2. Como ya se ha dicho anteriormente, algunos de los proyectos internacionales encaminados a facilitar los procedimientos de insolvencia transfronteriza se refieren de forma más o menos explícita a aspectos de esos acuerdos, en particular a los protocolos transfronterizos, cuya utilización se recomienda en algunos casos. Por ejemplo, en ciertos proyectos internacionales, como en el Concordato, se han formulado principios para contribuir a la negociación de los protocolos. En las Directrices europeas se recomienda recurrir a los protocolos por constituir el mejor medio para lograr la cooperación, mientras que en las Pautas entre tribunales se hace referencia al empleo de protocolos en el contexto de audiencias conjuntas. Como se indica en el análisis que figura a continuación, en algunos acuerdos se incorporan por remisión las cláusulas de esos instrumentos; en otros acuerdos se redactan las disposiciones concretas siguiendo el enunciado de esos textos.

3. En la parte que figura a continuación se examina, sobre la base de la experiencia práctica registrada, lo que son los acuerdos transfronterizos, se describe el modo en que se utilizan, se especifican algunas de las condiciones que justifican el empleo de acuerdos transfronterizos y se enuncia toda la gama de aspectos incluidos en los acuerdos transfronterizos, con comentarios sobre la forma en que se han tratado dichos acuerdos en distintos casos.

1. ¿Qué es un acuerdo transfronterizo?

4. Por lo general, los acuerdos transfronterizos son acuerdos que se celebran con miras a facilitar la cooperación y la coordinación transfronterizas de múltiples procedimientos de insolvencia entablados contra un mismo deudor en distintos Estados. Estos acuerdos tienen por objeto coadyuvar a la gestión de esos procedimientos y tratan de poner de manifiesto la armonización de cuestiones procesales, y no sustantivas, entre las jurisdicciones interesadas (si bien, en un número limitado de circunstancias, pueden abordarse cuestiones sustantivas). Los acuerdos transfronterizos varían en su forma (escrita o verbal) y en su alcance (genérico o concreto) y pueden ser concertados por distintas partes. Los simples acuerdos genéricos pueden poner de relieve la necesidad de estrechar la cooperación

entre las partes, sin abordar cuestiones concretas, mientras que en los acuerdos más detallados y concretos se establece un marco de principios que deberán regir los múltiples procedimientos de insolvencia y en ellos las partes se abstienen de adoptar determinadas medidas o de proceder a ciertas acciones.

5. Si bien esos acuerdos difieren en la forma, pretenden casi siempre ser vinculantes para las partes que los celebren y regular un conjunto similar de cuestiones. Se denominan, las más de las veces, "protocolos", si bien se han empleado también otros títulos, como contratos de administración de la insolvencia, acuerdos de cooperación y transacción, y memorandos de entendimiento. Dado que el término "protocolo" no refleja necesariamente la diversidad de acuerdos que se conciertan en la práctica, en las presentes Notas se emplea el concepto más general de "acuerdo transfronterizo".

6. Se ha recurrido con éxito a los acuerdos transfronterizos en procedimientos de insolvencia, tanto de reorganización como de liquidación, y en una amplia gama de situaciones como, por ejemplo, los procedimientos plenarios múltiples; los procedimientos auxiliares abiertos contra las mismas partes en distintos Estados; los procedimientos principales y secundarios; y los procedimientos de insolvencia sustanciados en un Estado y los procedimientos de otra índole entablados contra el mismo deudor en otro Estado. Los acuerdos transfronterizos también se han aplicado en casos que afectaban a Estados con distintas tradiciones jurídicas, es decir, entre ordenamientos de *common law* y ordenamientos de derecho civil.

7. Además de promover una coordinación y resolución eficaces a nivel mundial de múltiples procedimientos incoados contra un deudor, los acuerdos transfronterizos tienen también la finalidad de proteger los derechos fundamentales que tienen, en un determinado país, las partes que intervienen en dichos procedimientos. Desde esta perspectiva, muchos profesionales de la insolvencia familiarizados con la aplicación de tales acuerdos consideran que esos instrumentos tienen una importancia clave para formular soluciones apropiadas para casos concretos, sin las cuales algunos procedimientos habrían tenido escasas probabilidades de culminar con éxito. El auge que ha experimentado la utilización de este tipo de acuerdos deja entrever la posibilidad de que, con el tiempo, se conviertan en la norma para resolver casos con notables componentes internacionales; por el momento, sin embargo, los acuerdos transfronterizos no están extendidos por todo el mundo y solo se recurre a ellos en un número limitado de Estados.

8. Por lo común, los acuerdos transfronterizos se elaboran en función de los problemas concretos que plantea un caso y de las necesidades de las partes interesadas. La finalidad de tales acuerdos puede consistir en:

a) Promover la seguridad jurídica y la eficiencia en la gestión y administración de los procedimientos;

b) Contribuir a aclarar las expectativas de las partes;

c) Reducir las controversias y, cuando se planteen, contribuir a resolverlas de manera eficaz;

d) Coadyuvar a la prevención de conflictos entre jurisdicciones. Por ejemplo, a raíz del acuerdo concertado acerca del procedimiento *Maxwell*, los representantes de la insolvencia ingleses y estadounidenses actuaron de modo tal que no se planteó ningún conflicto que requiriera una resolución judicial;

e) Facilitar la reestructuración;

f) Contribuir a ahorrar gastos evitando la duplicación de tareas y la competencia por los bienes, así como a evitar demoras innecesarias;

g) Promover el mutuo respeto de la independencia e integridad de los tribunales y evitar los conflictos entre jurisdicciones;

h) Fomentar la cooperación y el entendimiento internacionales entre los jueces y los representantes de la insolvencia;

i) Facilitar la elaboración de un marco de principios generales que regule los problemas administrativos básicos que pueda plantear el carácter transfronterizo e internacional de los procedimientos de insolvencia; y

j) Contribuir a incrementar al máximo el valor de la masa de la insolvencia. Por ejemplo, en el procedimiento *Everfresh*, se ha calculado que el incremento del valor de la masa que se logró mediante el acuerdo, en el que fueron partes los acreedores y que logró impedir que los acreedores ordinarios no garantizados adoptaran medidas perjudiciales, fue del orden del 40%.

9. El desconocimiento de la aplicación de los acuerdos transfronterizos ha propiciado una comprensión errónea de los mismos conforme a la cual esos acuerdos permiten a una parte eludir sus obligaciones o limitaciones jurídicas, o aplazarlas o imponerlas a las partes en otra jurisdicción de un modo no permitido en el derecho interno de ninguna de las partes. A decir verdad, los acuerdos transfronterizos no son instrumentos destinados a eludir obligaciones jurídicas sino que constituyen un medio para determinar las mejores maneras de coordinar los procedimientos en los Estados interesados, a reserva de las limitaciones que impongan los respectivos regímenes legales de dichos Estados. Este principio es aplicable a todas las partes, inclusive a los tribunales, que deben acatar lo dispuesto en el derecho interno de su respectivo Estado. La posibilidad de que los tribunales hagan una interpretación de ese derecho interno para facilitar la cooperación transfronteriza es una cuestión que no tiene nada que ver con lo anterior.

2. Circunstancias que pueden justificar la concertación de un acuerdo transfronterizo

10. A pesar de que cada acuerdo transfronterizo tiene sus rasgos específicos en función del caso, pueden darse ciertas circunstancias que pueden justificar en un determinado caso que se celebre un acuerdo de esta índole para facilitar la cooperación y la coordinación transfronterizas. Estas circunstancias no deben considerarse una enumeración exhaustiva o determinante sino más bien factores indicativos de la posible utilidad de un acuerdo; a pesar de que se den varios de esos factores en un determinado caso, cabe decidir que, por otras razones, no es necesario o aconsejable recurrir a un acuerdo transfronterizo. Entre las circunstancias que justifican la celebración de un acuerdo de esta índole cabe destacar:

a) La existencia de procedimientos de insolvencia transfronteriza con un número considerable de elementos internacionales;

b) La existencia de una estructura compleja del deudor (por ejemplo, un grupo de empresas con numerosas filiales);

c) La existencia de distintos tipos de procedimientos de insolvencia en los Estados pertinentes, por ejemplo, un procedimiento de reorganización en que los representantes de la insolvencia hayan sustituido a los directivos en un foro, y otro en que el deudor siga en posesión de la empresa en otro foro;

d) El hecho de que los bienes disponibles sean suficientes para sufragar los gastos de redacción del acuerdo;

e) El hecho de que se disponga de tiempo para las negociaciones. Es posible que los acuerdos transfronterizos no sean siempre una opción, pues requieren tiempo para su negociación. Ello podría ser problemático cuando se requirieran medidas urgentes;

f) El hecho de que los regímenes sustantivos de la insolvencia sean similares;

g) El hecho de que se hayan dictado medidas de paralización contradictorias en los distintos procedimientos; y

h) El hecho de que los representantes de la insolvencia designados para ejercer sus funciones en los distintos procedimientos sean empleados de la misma empresa internacional. Esta situación se ha dado entre jurisdicciones con regímenes de la insolvencia muy similares como, por ejemplo, entre la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China) (la RAE de Hong Kong) y las Islas Vírgenes Británicas, o entre la RAE de Hong Kong y las Bermudas[14].

3. Momento adecuado para la negociación

11. La negociación de un acuerdo puede tener lugar al iniciarse un caso o durante el caso a medida que se planteen las cuestiones, y puede negociarse más de un acuerdo respecto de las distintas cuestiones. Si bien existen varios ejemplos de protocolos negociados durante el procedimiento, por ejemplo, en el caso *Maxwell*, la mayoría de los acuerdos transfronterizos se negocian antes de la apertura de los procedimientos, a fin de evitar posibles controversias desde el principio. El momento idóneo para la negociación dependerá del tiempo de que se disponga antes de la apertura del procedimiento o del tiempo disponible para la resolución de las controversias durante el procedimiento ya abierto. Por ejemplo, en el caso *Federal Mogul*, las partes disponían de seis meses para negociar el acuerdo transfronterizo, siempre con la posible opción de hacerlo al abrirse el procedimiento formal. El tiempo disponible para la negociación, que se reflejaba en el nivel de detalle del texto del acuerdo, permitió a las partes negociar algunos temas complejos y delicados, como la cuestión de si el representante de la insolvencia podía delegar sus poderes en otro representante de la insolvencia o en otra parte que interviniera en el procedimiento. En el caso *Collins and Aikman*[15], no pudo negociarse un protocolo porque las partes solo disponían de cuatro días antes de la apertura del procedimiento. En otros casos, hay procedimientos como los procedimientos secundarios o no principales que pueden abrirse a instancia del representante de la insolvencia del procedimiento principal con el único objetivo de ayudar a sustanciar dicho procedimiento[16]. El representante de la insolvencia del procedimiento

[14] Véanse, por ejemplo, los casos *GBFE* y *Peregrine*.
[15] El caso se citará en debida forma ulteriormente.
[16] Véanse, por ejemplo, los casos *SENDO* y *EMTEC*.

principal puede tener una idea clara del tipo de cooperación y coordinación que se precisa antes de solicitar la apertura del procedimiento secundario, y la negociación del acuerdo transfronterizo puede llevarse a cabo de forma relativamente rápida y sin controversias.

12. El tiempo requerido para la negociación de un acuerdo varía de un caso a otro y depende de una serie de factores, como del conocimiento que tengan las partes de las características fundamentales del deudor y de los conflictos que puedan surgir durante el procedimiento. En casos sencillos, la obtención de esa información y la consiguiente negociación pueden durar pocos días, pero lo habitual es que se tarde más tiempo.

4. Partes en un acuerdo transfronterizo

13. Muchas veces, la negociación de acuerdos transfronterizos es iniciada por las partes en los procedimientos, inclusive por los profesionales de la insolvencia o los representantes de la insolvencia y, en algunos casos, por el propio deudor (que puede ser un deudor en posesión de la empresa), o es sugerida o alentada por el tribunal; algunos tribunales han alentado explícitamente a las partes a negociar un acuerdo y a solicitar la aprobación de los tribunales[17]. En algunos casos, el hecho de que los tribunales intervengan en una fase inicial puede ser un factor clave para el éxito del acuerdo.

14. Habitualmente, las partes que celebran acuerdos transfronterizos varían en función del derecho aplicable y de lo que está permitido, por ejemplo, en lo que respecta a las facultades de los representantes de la insolvencia, de los tribunales y de otras partes interesadas. Con frecuencia, los acuerdos son celebrados por los representantes de la insolvencia y a veces por el deudor (por lo común, un deudor en posesión de la empresa), y también puede intervenir el comité o la junta de acreedores, según se denomine (véanse más detalles en la parte B, en que se comparan los contenidos de distintos acuerdos transfronterizos). Muy raras veces se da el caso de que un acuerdo transfronterizo sea celebrado entre los tribunales, si bien en algunas jurisdicciones esa opción puede ser posible. No obstante, a menudo las negociaciones entre las partes en casos de insolvencia transfronteriza cuentan con la asistencia de los tribunales, que pueden dar un impulso a las negociaciones y lograr que se llegue a un acuerdo.

15. Algunos acuerdos escritos son firmados por las partes que los conciertan; en cambio, otros no. Si bien la firma da fe del acuerdo al que llegan las partes, en la práctica muchos acuerdos escritos adquieren eficacia mediante la aprobación del tribunal, con la que da su consentimiento. En algunos acuerdos se aborda la cuestión de la firma de los ejemplares de otras partes, cada uno de los cuales debería considerarse original e igualmente auténtico, y la forma en que pueden firmarse, inclusive mediante una firma en un telefax, que puede considerarse un original[18]. El acuerdo determinará, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, las partes que deberán firmar un acuerdo o quedar vinculadas por él. Por esta razón, los acreedores no suelen ser partes en tales acuerdos, si bien existen casos en que los acreedores, o incluso el comité o junta de acreedores, llegan a serlo. Dado que los acreedores

[17] Véanse, por ejemplo, los casos *Solv-Ex* y *Nakash.*

[18] Véanse, por ejemplo, los casos *Interworld* y *Federal Mogul.*

desconocen a menudo el régimen de la insolvencia de otros Estados y los objetivos de cada régimen, los acreedores pueden repercutir en el éxito de una reorganización global, por lo que será aconsejable mantener una estrecha cooperación con el comité o junta de acreedores y con los acreedores en general, como quedó demostrado en el caso *Singer*[19]. Ulteriormente, otras partes pueden adherirse al acuerdo, pero es conveniente que, con tales adhesiones, no se modifique el acuerdo y que esas nuevas partes no traten de cambiar lo previamente convenido.

5. Capacidad para celebrar un acuerdo transfronterizo

16. Para que un acuerdo sea válido, las partes que lo negocien deberían tener la autorización o los poderes necesarios para hacerlo o para comprometerse a cumplir lo convenido. Esta capacidad dependerá de lo que las partes estén autorizadas a hacer en virtud del derecho aplicable, que difiere de un Estado a otro. En algunos Estados, por ejemplo, la autorización conferida al representante de la insolvencia para negociar y concertar un acuerdo entrará en el ámbito de los poderes que le confiera el régimen de la insolvencia; en otros Estados, el representante de la insolvencia puede precisar el consentimiento de los acreedores o la autorización del tribunal[20].

17. Es posible que un acuerdo que requiera la aprobación de un tribunal en una jurisdicción de derecho civil especifique que el tribunal deberá basar su aprobación en una autorización legislativa pertinente, pues la aprobación tal vez no entre en los "poderes generales equitativos o inherentes" del tribunal. Algunos comentaristas ven con escepticismo que tales acuerdos puedan ser aprobados por tribunales de jurisdicciones de derecho civil debido a que, de no haberse promulgado la Ley Modelo de la CNUDMI, en esos ordenamientos los tribunales carecen de la facultad discrecional judicial de que disponen los tribunales en jurisdicciones basadas en el *common law*. En opinión de otros comentaristas, determinados tipos de acuerdos transfronterizos, como los que regulan únicamente cuestiones administrativas, podrían ser celebrados por representantes de la insolvencia o incluso por los propios tribunales. Esta opinión se basa en el hecho de que tales acuerdos entrarían en la competencia que tienen por ley los representantes de la insolvencia, encargados, entre otras cosas, de proteger y de incrementar al máximo el valor de la masa de la insolvencia, siempre y cuando esa responsabilidad no constituya una obligación jurídica de carácter personal. A juicio de algunos comentaristas, esa responsabilidad del representante de la insolvencia respecto de la masa lo obligaría a concertar tal acuerdo.

18. Se ha considerado asimismo que un juez de un tribunal en un ordenamiento de derecho civil podría concertar un acuerdo transfronterizo con un tribunal extranjero sobre la base de su obligación legislativa de impedir acciones perjudiciales para la masa. Como se ha señalado en relación con los representantes de la insolvencia, el obstáculo que pueden tener los tribunales en algunos ordenamientos de derecho civil consiste en que los jueces pueden incurrir en una responsabilidad personal por

---

[19] Véase la causa *The Singer Company N.V.*, Nº 99-10578 (Bankr. S.D.N.Y., acción presentada el 13 de septiembre de 1999).

[20] Véase, por ejemplo, la decisión por la que se autorizó a los representantes en *AKAI Holdings Limited* a concertar y aplicar un protocolo, en la causa *AKAI Holdings Limited*, juzgada por el tribunal superior (*High Court*) de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, *Court of First Instance, Companies (Winding-up)*, Nº 49 de 2000.

prácticas indebidas. Si bien esa conclusión podría ser improbable cuando la finalidad del acuerdo transfronterizo fuera incrementar el valor de la masa en el marco del derecho aplicable, la existencia de tales disposiciones podría ayudar a explicar la razón por la que en algunas jurisdicciones de derecho civil hay cierta renuencia a la hora de concertar acuerdos transfronterizos. Otra razón podría ser el desconocimiento de este tipo de acuerdos y el poder discrecional de los tribunales para concertarlos.

19. Según se ha comprobado en la práctica, los acuerdos entre jurisdicciones de derecho civil y de *common law* son posibles. Por ejemplo, en el caso *Nakash*, el tribunal israelí halló una autorización legislativa para tal acuerdo. En el caso *AIOC*, se llegó a un acuerdo entre los representantes de la insolvencia de los Estados Unidos y de Suiza, con el apoyo explícito del órgano suizo competente en materia de insolvencia. Los acuerdos concertados en los procedimientos *ISA-Daisytek* y *SENDO* son también ejemplos de acuerdos entre ambos tipos de ordenamientos, cuyas partes fueron, en un caso, el Reino Unido y Alemania, y, en el otro, el Reino Unido y Francia. También ha habido acuerdos entre jurisdicciones de derecho civil únicamente, como en el procedimiento *EMTEC* entre Francia y Alemania.

20. Para que prosperen tales acuerdos entre jurisdicciones de derecho civil y de *common law*, es fundamental que los tribunales y los representantes de la insolvencia estén dispuestos a colaborar para superar los posibles obstáculos jurisdiccionales. Por ejemplo, en el procedimiento *Nakash*, el tribunal israelí exhortó a los representantes de la insolvencia a que elaboraran un acuerdo transfronterizo, estimando que "sería conveniente que se llegara a un acuerdo entre las partes interesadas y los tribunales de los Estados Unidos y de Israel"[21]. Muchos de los impedimentos que se derivaban de las diferencias entre los regímenes de la insolvencia y entre los foros competentes se resolvían centrando la atención en el objetivo común para ambas jurisdicciones de incrementar al máximo el valor de la masa en beneficio de las partes. No obstante, en la práctica se celebran con más frecuencia acuerdos entre jurisdicciones de *common law*, en las que los tribunales gozan de un mayor poder discrecional que en otros tipos de ordenamientos en los que, para concertar tales acuerdos, debe haber una autorización legislativa, como la que existiría cuando un Estado incorporara la Ley Modelo de la CNUDMI a su derecho interno. Sin embargo, los comentaristas de países con ordenamientos de derecho civil consideran en general que con el tiempo se celebrarán más acuerdos transfronterizos ante el éxito que ha experimentado su utilización en procedimientos de insolvencia transfronteriza.

6. Formato

21. Como ya se ha señalado, no existe ningún formato prescrito para esos acuerdos y, en la práctica, se recurre a acuerdos tanto verbales como escritos, si bien algunas legislaciones exigen la forma escrita a efectos de validez y de ejecutabilidad. Cada

[21] Véase además el caso *SunResorts* [que se citará en debida forma ulteriormente] entre tribunales de los Estados Unidos y de las Antillas Neerlandesas, en el que el tribunal de este último territorio reaccionó positivamente ante la preocupación expresada por el tribunal de los Estados Unidos y extremó el control de la custodia en un grado inhabitual para el derecho de las Antillas Neerlandesas. Esta reacción positiva se ha atribuido al hecho de que el tribunal de las Antillas Neerlandesas tenía conocimiento de la Ley Modelo de la CNUDMI y del Concordato.

acuerdo está en función de un determinado caso y en él se determinan y facilitan las soluciones de los problemas existentes o potenciales que revistan importancia para ese caso ante los tribunales en virtud de la legislación de la jurisdicción correspondiente. Los acuerdos verbales pueden imponer límites a las partes, para que procedan paso a paso, en vez de poder recurrir a un marco general como el que brinda un acuerdo escrito y, en general, para su cumplimiento y ejecución, se basan en la confianza de las partes. Los acuerdos verbales pueden resultar más difíciles de ejecutar que los escritos, y puede ser difícil vincular a las partes a un acuerdo verbal celebrado en un contexto transfronterizo. La ejecutabilidad de los acuerdos escritos transfronterizos depende de su carácter jurídico. Si son aprobados por los tribunales, revisten por lo general la forma de una orden judicial, que es ejecutable como tal. Si no son aprobados por los tribunales, se consideran acuerdos ordinarios (procesales), es decir, contratos entre las partes que son ejecutables como tales.

22. Un determinado caso puede estar sujeto a un único acuerdo o a una serie de acuerdos que regulen diferentes cuestiones que se vayan planteando, como se ha señalado, a medida que avance el caso. Por ejemplo, en el caso *Maxwell* se concertó un protocolo operativo al abrirse el caso con miras a abordar los problemas de estabilización y de preservación de los bienes y, al final, se celebró otro con miras a regular la distribución entre los acreedores y la clausura del procedimiento.

23. El hecho de llegar a un acuerdo sobre el contenido de un protocolo puede ser la medida más importante para facilitar la cooperación y la coordinación, ya que el proceso de negociación ayuda a menudo a tener en cuenta las expectativas de las partes y a propiciar una conclusión satisfactoria del procedimiento de insolvencia. Una vez negociado, un protocolo puede representar simplemente el telón de fondo para la administración del caso sin que vuelva a hacerse referencia a él. También es posible que en el protocolo se resuelvan las cuestiones de tal modo que la intervención continua de los tribunales sea mínima, sin necesidad de que los jueces se comuniquen entre sí continuamente a medida que avance el caso[22].

7. Disposiciones que suelen contener los acuerdos transfronterizos

24. En los acuerdos transfronterizos pueden enunciarse simplemente principios generales sobre el modo en que debe llevarse a cabo la cooperación y la coordinación, pero también pueden regularse cuestiones concretas como la inhibición a favor de otro tribunal, los procedimientos de resolución de demandas, los procedimientos para la comunicación entre los tribunales y otras cuestiones, según requiera el caso en concreto, además de las cuestiones que deban resolverse. Las cuestiones que se analizan más adelante en la sección B ilustran los temas que pueden abordarse en un acuerdo transfronterizo. Dado que los acuerdos transfronterizos son muy específicos en función de cada caso, no será necesario abordar en cada acuerdo transfronterizo todas las cuestiones que se analizan más abajo.

25. Si se estudian los acuerdos concertados hasta la fecha, se llega a la conclusión de que las cuestiones más comúnmente tratadas son las siguientes: la asignación de responsabilidad por los diversos aspectos de la sustanciación y de la administración del procedimiento entre los distintos tribunales que intervienen en él y entre los representantes de la insolvencia, inclusive las limitaciones de la facultad para actuar

[22] Véase, por ejemplo, el caso *Maxwell*.

sin la aprobación de los demás tribunales o de los demás representantes de la insolvencia; la previsión y la coordinación de medidas de exención otorgables; la coordinación de la recuperación de los bienes en beneficio de todos los acreedores; la presentación de los créditos y el trato que se les da; la utilización y enajenación de los bienes; los métodos de comunicación, inclusive el idioma, la frecuencia y los medios; la comunicación de avisos; la coordinación y armonización de planes de reorganización; y las cuestiones específicamente relacionadas con el acuerdo, inclusive la enmienda y la rescisión, la interpretación, la eficacia y la solución de controversias; la administración de procedimientos, en particular en lo que respecta a la paralización de procedimientos o al acuerdo concertado entre las partes de no entablar determinadas acciones legales; la elección del derecho aplicable; la asignación de responsabilidades entre las partes en el acuerdo; las costas y los honorarios; y las salvaguardias. En los acuerdos pueden regularse también cuestiones como la composición de la junta de directivos, las medidas que puede adoptar la junta y los procedimientos que deben seguirse, las relaciones entre accionistas y administración y entre los accionistas y la junta y la gestión de las corrientes de información[23].

26. La elección de las cuestiones que deben abordarse en el acuerdo puede verse influida por las similitudes o disparidades entre las legislaciones y los procedimientos de los Estados que intervengan en un determinado caso transfronterizo. Por ejemplo, cuando los tribunales se rigen por las mismas tradiciones jurídicas, el acuerdo puede regular más específicamente cuestiones sustantivas. Cuando los ordenamientos jurídicos difieren, el acuerdo puede concentrarse más en el proceso y en cuestiones de procedimiento, estableciendo un marco para la comunicación y la cooperación. Un acuerdo puede requerir que se analicen las leyes de los Estados pertinentes, a fin de determinar la forma en que puede lograrse un resultado concreto sin que los representantes de la insolvencia u otras partes deban incumplir las reglas de derecho pertinentes. También puede ser preciso regular la asignación de responsabilidad por la resolución de las cuestiones entre los distintos tribunales, en función del derecho sustantivo que deba ser aplicable a un determinado caso. Esa determinación del derecho sustantivo puede depender del Estado que tenga el mayor interés en cómo se resuelva una determinada cuestión y puede implicar que un tribunal decline su competencia en favor de otro, siempre que con ello no se prive a los acreedores del país de las garantías procesales y de otros derechos fundamentales (véase la segunda parte, párrafos 18 a 20 *supra*; tercera parte, párrafos 71 a 74 *infra*) ni impida que una determinada acción se lleve a cabo ante un tribunal y no ante otro. Los acuerdos que son aprobados por los tribunales suelen prever disposiciones en que se subraya la independencia de los tribunales y el principio de la reciprocidad, y en que se detalla la distribución de las responsabilidades entre los tribunales y, en particular, el derecho de las partes interesadas a comparecer y a ser escuchadas en los respectivos procedimientos.

8. Efecto jurídico de los acuerdos transfronterizos

27. Los acuerdos transfronterizos pueden contener muy diversos tipos de disposiciones, algunas de las cuales pueden haberse concebido para lograr un efecto

[23] Véase, por ejemplo, el caso *Olympia & York*.

jurídico y vincular a las partes, mientras que otras pueden ser simples declaraciones de buena fe o de buenas intenciones. Esas declaraciones, por ejemplo, pueden contener disposiciones relativas a la finalidad del acuerdo, mientras que las disposiciones sobre las responsabilidades de los representantes de la insolvencia, las costas o la regulación del procedimiento necesario para dar validez al acuerdo (por ejemplo, mediante la aprobación del tribunal) suelen estar concebidas para tener un efecto jurídico.

28. Para tener eficacia o validez, los acuerdos transfronterizos requieren que las partes afectadas den su consentimiento, y algunos acuerdos prevén una estipulación explícita en virtud de la cual el acuerdo será vinculante para las partes en el mismo y para sus respectivos sucesores, cesionarios, representantes, herederos, ejecutores y representantes de la insolvencia[24]. Algunos acuerdos autorizan expresamente a las partes a adoptar las medidas y firmar los documentos necesarios y apropiados para que el acuerdo pueda tener validez y ser ejecutado, o contienen una declaración en el sentido de que las partes han convenido en adoptar las medidas apropiadas para darle eficacia. En algunas jurisdicciones, ello es suficiente para que los representantes de la insolvencia celebren un acuerdo transfronterizo valiéndose de sus facultades inherentes y sin necesidad de la subsiguiente aprobación judicial. Conviene señalar que, para este tipo de acuerdo, no siempre existe la aprobación del tribunal en el derecho aplicable. En algunas jurisdicciones, en particular las jurisdicciones de derecho civil, se puede requerir la aprobación de los acreedores del deudor para que el acuerdo sea válido. Por ejemplo, el acuerdo celebrado en el marco del procedimiento *ISA-Daisytek* preveía que su eficacia estaba sujeta a la aprobación de los acreedores del deudor conforme al derecho alemán. El acuerdo estipulaba asimismo que el representante de la insolvencia daría cuenta de las cláusulas del mismo al tribunal competente una vez aprobado por los acreedores.

29. El acuerdo puede requerir la aprobación de cada uno de los tribunales que intervengan en el procedimiento de insolvencia, de conformidad con el derecho interno y con la práctica de cada Estado interesado. No es inhabitual que un acuerdo contenga una disposición en virtud de la cual dicho acuerdo no será vinculante ni tendrá fuerza legal ejecutoria hasta que sea aprobado por determinados tribunales, con la obligación de notificar debidamente a las partes interesadas a fin de reducir al mínimo la probabilidad de impugnaciones. Una vez aprobado, el acuerdo tendría por lo general el efecto de una orden judicial, con lo cual las partes especificadas quedarían obligadas. Una de las ventajas de la aprobación judicial de un acuerdo radica en que impide la posibilidad de que acreedores o partes discrepantes entablen litigios que socaven el acuerdo.

9. Salvaguardias

30. Cabe dividir en dos categorías las salvaguardias que pueden preverse en un acuerdo transfronterizo: las que siempre deben figurar en él y las que cabe consignar en él según se requiera.

31. Las salvaguardias que es obligatorio prever pueden tener por objeto evitar que se excluya la aplicación de una orden judicial o de normas de orden público.

---

[24] Véanse, por ejemplo, los casos *Everfresh* y *Federal Mogul*.

32. Entre las salvaguardias optativas cabe destacar: las relativas a la revelación de información a partes interesadas; a la protección de los derechos de terceros no signatarios; y a la facultad de recurrir a los tribunales en caso de controversia. Las partes que conciertan un acuerdo transfronterizo quieren tener la certeza de que las otras partes están facultadas para celebrar tal acuerdo, sin necesidad de realizar largas y costosas indagaciones sobre la ley aplicable en el otro foro. Por consiguiente, en un acuerdo puede figurar, como salvaguardia, una disposición por la que se garantice que las partes en el acuerdo tienen la capacidad legal requerida para ello o que, en los casos en que el representante de la insolvencia precise una autorización judicial para concertar el acuerdo, se reconozca que están facultadas para contraer las obligaciones estipuladas en el acuerdo[25]. Del mismo modo, en los acuerdos se estipula con frecuencia que se permiten o se limitan ciertas acciones o divisiones de poder que prevea el derecho aplicable, o que las partes especificadas deben respetar y cumplir las obligaciones que les imponga el respectivo derecho interno aplicable.

10. Posibles problemas y medios para su resolución

33. Los procedimientos de insolvencia son procedimientos en curso que pueden verse perturbados por acontecimientos imprevistos. Por consiguiente, es preciso que los acuerdos transfronterizos sean flexibles y prevean su revisión para adecuarse a los cambios de circunstancias que se produzcan. Además de la posibilidad de revisar los acuerdos existentes, las partes podrían reconocer la necesidad de regular, en acuerdos suplementarios, cuestiones que inicialmente no se hubieran previsto.

34. Asimismo, pueden surgir conflictos durante la aplicación del acuerdo. Estos conflictos pueden ser muy diversos y pueden guardar relación con las cláusulas de los acuerdos y su interpretación, la puesta en práctica de sus estipulaciones y otros aspectos. Por consiguiente, es importante que los acuerdos prevean procedimientos adecuados para la solución de controversias, a fin de preservar los logros conseguidos hasta el momento en que surgiera la controversia y de prevenir más perjuicios. En sus estipulaciones pueden especificarse los tribunales que serán competentes para dirimir determinadas cuestiones u otros posibles mecanismos para la solución de controversias.

B. Cotejo de acuerdos de insolvencia transfronteriza

35. La presente sección tiene por objeto facilitar una visión de conjunto acerca del contenido y la estructura de un tipo de acuerdo transfronterizo que se ha utilizado en casos recientes de insolvencia transfronteriza. En ella se describen las cuestiones abordadas en dichos acuerdos y se examina cómo fueron resueltas. Como se indicó anteriormente, dado que estos acuerdos o pactos se ocupan de casos particulares, no cabe presentar aquí ningún acuerdo que pueda servir de norma o modelo al respecto. No obstante, si bien algunas de las cuestiones que se examinan figuran solo en algunos de los acuerdos examinados, otras figuran en la mayoría de ellos. El cotejo del contenido de los diversos acuerdos tiene por objeto mejorar el conocimiento de esta herramienta de cooperación, coordinación y comunicación transfronterizas, examinando el empleo que se hace de estos acuerdos a fin de orientar y facilitar la labor de aquellos que deseen negociar uno de estos acuerdos al servicio de un caso

[25] Véase, por ejemplo, el caso *Financial Asset Management*.

determinado. Se han cotejado básicamente acuerdos escritos (denominados en general protocolos) ya que son los más usuales y los más fáciles de consultar, pero cuando proceda se hará también referencia a otros acuerdos o pactos.

1. Preámbulo

36. El preámbulo suele ser el texto introductorio de la parte dispositiva de un acuerdo, dando detalles acerca de los hechos que hayan motivado la negociación del acuerdo, así como acerca de los objetivos del acuerdo, la identidad de las partes y otros datos de interés. Si bien el preámbulo diferirá de un acuerdo a otro, versará en general sobre las cuestiones siguientes.

a) Partes

37. La mayoría de los acuerdos identifican a las partes en las actuaciones que se estén siguiendo, dándose datos como los siguientes: el nombre de la empresa y la índole de su negocio, el lugar de constitución de la sociedad, el establecimiento y, si procede, se indicará su relación con otros miembros de un mismo grupo de empresas[26]. Algunos acuerdos no hablan de las partes en el acuerdo en sí, pero indican que el acuerdo concertado será aplicable a todas las partes interesadas en las actuaciones, citándose a los deudores, a los representantes de la insolvencia y a la junta de acreedores[27].

38. Diversos interesados en las actuaciones podrán ser partes en el acuerdo, según cuáles sean las cuestiones resueltas y según cuáles sean las partes que hayan de asumir alguna obligación al respecto. Ahora bien, por regla general, cabe decir que las partes suelen ser las personas obligadas por el acuerdo y cuyo consentimiento será necesario para que surta efecto. Algunos acuerdos se conciertan entre representantes de la insolvencia[28] mientras que en otros intervienen otras partes interesadas, como pudiera ser la junta de acreedores, algún prestamista garantizado del deudor y el propio deudor[29].

39. La especificidad de cada acuerdo puede verse en el pacto *Commodore*: la junta de acreedores solicitó la apertura de un procedimiento en los Estados Unidos, a cuya solicitud respondieron los representantes de la insolvencia de un procedimiento abierto en las Bahamas pidiendo al foro de los Estados Unidos que desestimara dicha solicitud y ordenara medidas cautelares en apoyo del procedimiento extranjero ya abierto. Subsiguientemente, la junta de acreedores y los representantes de la insolvencia del caso abierto en las Bahamas pactaron un acuerdo para solventar la disputa y crear un marco para una administración eficiente de las actuaciones abiertas ante el foro competente de cada país. Si bien la intervención de la junta de acreedores tal vez refuerce la legitimidad del acuerdo, esa participación no será siempre necesaria.

---

[26] Véase, por ejemplo, *Solv-Ex, Quebecor*.

[27] Véase, por ejemplo, *Laidlaw, Matlack*.

[28] Véase, por ejemplo, *AIOC, Interworld, Maswell*. Si los representantes de la insolvencia convienen en concertar un protocolo, el deudor no podrá formular objeción alguna a dicho acuerdo, véase por ejemplo, *Nakash*.

[29] Véase, por ejemplo, *Commodore, 360Networks*.

b) Antecedentes: génesis de la insolvencia

40. Una breve relación del desarrollo de la insolvencia pudiera dar mayor claridad al caso y facilitar la comprensión del acuerdo. En muchos acuerdos, tras nombrarse las partes en el mismo, se describen brevemente los procedimientos de insolvencia ya abiertos o por abrir. Los detalles varían de un acuerdo a otro, indicándose en ocasiones las fechas y los lugares de la solicitud de apertura, las órdenes judiciales emitidas y otras actuaciones.

41. Tratándose de actuaciones abiertas en distintos Estados frente a empresas multinacionales, cabe prever dos supuestos: en el primero, el deudor sería el mismo en todos los procedimientos abiertos; mientras que en el segundo los procedimientos se habrán abierto contra distintas empresas de un mismo grupo. En el segundo supuesto, los deudores serían distintos y actuarían por separado en cada procedimiento. Ahora bien, convendría que se entablara cierta cooperación entre los procedimientos abiertos por razón de los vínculos existentes entre las empresas de un mismo grupo, aun cuando cada una de ellas sea una entidad jurídica aparte y con personalidad propia. Dicha cooperación pudiera resultar aún más ventajosa en supuestos de reorganización, y es probable que mejore el precio eventual de venta de todo negocio así reorganizado. Cabría explicar en el acuerdo las diversas posibilidades existentes.

c) Alcance del acuerdo

42. El acuerdo transfronterizo definirá normalmente cuál ha de ser su alcance, aun cuando lo hará de diverso modo. Algunos acuerdos comienzan por declararse genéricamente aplicables a todas las partes interesadas en las actuaciones de insolvencia, pero otros definen su alcance con mayor precisión. Por ejemplo, el acuerdo puede tener por único objeto establecer un marco general de principios convenidos para la resolución de diversas cuestiones, que pudieran ser las siguientes: la recuperación y realización por venta o alguna otra vía del valor de la masa deudora, pudiéndose incluso designar al comprador[30]; la admisión, verificación y clasificación de los créditos presentados, así como su prelación; la coordinación de la labor preparatoria de un plan de reorganización y la aprobación, confirmación y ejecución del plan; la estrategia para litigar acerca de toda cuestión que no se consiga resolver por negociación; el reparto del producto de toda venta; y asuntos administrativos. Las cláusulas concernientes al alcance del acuerdo pueden prever asimismo la coordinación de las actuaciones acerca de dichas cuestiones. El alcance de un acuerdo coincide a menudo con su finalidad, por lo que indicar lo que el acuerdo regula define, a la vez, su alcance.

d) Finalidad

43. Cabría encapsular en una cláusula la intención de las partes y sus objetivos comunes al pactar el acuerdo, dándose así seguridad al tribunal cuya aprobación se solicite, acerca del entendimiento alcanzado entre las partes.

---

[30] Véase, por ejemplo, *Solv-Ex*.

44. En numerosos acuerdos se señalan las siguientes metas y objetivos[31]:

a) armonizar y coordinar las actuaciones ante los tribunales que conozcan de cada uno de los procedimientos abiertos;

b) promover una administración equitativa, abierta, ordenada y eficiente de las actuaciones en provecho de todos los deudores y de sus acreedores y demás interesados, dondequiera que se encuentren, a fin de reducir gastos y evitar duplicaciones;

c) proteger los derechos e intereses de toda parte interesada;

d) promover la cooperación internacional y el respeto de la independencia judicial y de la cortesía interjudicial; y

e) dar curso a los principios generales que se hayan pactado para resolver las cuestiones administrativas propias de una insolvencia transfronteriza e internacional.

45. Cabría citar las siguientes metas adicionales: facilitar la reorganización transnacional del negocio del deudor; amparar la integridad de la gestión administrativa de la masa; consultar con los acreedores y facilitarles información; llevar cada asunto litigioso ante el foro competente, tramitándolo con la prontitud y eficiencia debidas; coordinar la labor de los representantes de la insolvencia a fin de minimizar gastos y evitar duplicaciones; observar todo pacto de asistencia recíproca o de coordinación de las actuaciones, sin dejar de respetar las obligaciones impuestas por la ley del foro, y actuar de conformidad con ciertos principios de confianza mutua o de respeto del deber de cooperar e intercambiar información[32].

46. En algunos acuerdos se enuncian también los objetivos expresamente excluidos del mismo, como sería el de establecer algún precedente vinculante o el de estipular un pacto aplicable a todos los procedimientos secundarios que se estén siguiendo en determinado caso, aun cuando se reconozca que lo estipulado en el acuerdo sea un claro reflejo de las mejores prácticas aplicables en la materia[33]. Tal cláusula respondería a la inquietud eventual de alguna de las partes acerca de la admisibilidad de lo pactado en el derecho interno de algún país, por lo que facilitaría la aprobación del acuerdo por toda parte que sienta dicha inquietud.

e) Idioma del acuerdo y de las comunicaciones

47. Dado que en casos de insolvencia transfronteriza las actuaciones suelen abrirse en Estados que no comparten el mismo idioma, cabría estipular el idioma que habrá de utilizarse en el acuerdo y para las comunicaciones entre las partes aunque existen muchos ejemplos de acuerdos formulados en inglés o en dos idiomas, sin que se haga mención expresa del idioma utilizado[34]. Ello tal vez se deba a que la mayoría

---

[31] Las *CoCo Guidelines* (Directrices europeas en materia de cooperación y coordinación en casos de insolvencia transfronteriza) contienen cláusulas similares acerca de los objetivos supremos (directrices 1 y 2).

[32] Estos principios pueden verse enunciados en el artículo 31 del reglamento del Consejo de las Comunidades Europeas.

[33] Véase, por ejemplo, *SENDO*.

[34] Véase por ejemplo, *SENDO*; las directrices *CoCo Guidelines* tratan también de la cuestión del idioma (directrices 10.1 y 10.2).

de los acuerdos existentes se han concertado entre países de habla inglesa, pero convendría que se previera el idioma a utilizar en todo acuerdo en el que intervengan Estados con distinto idioma.

Cláusulas modelo

Partes

1) Entre

La oficina del representante de la insolvencia del Estado A, representada por [nombre y dirección], actuando en su condición de representante de la insolvencia en el procedimiento de insolvencia principal abierto contra el deudor, [dirección] en el Estado A, nombrado por el foro competente en el Estado A, con fecha de […], (el "representante principal de la insolvencia"),

por una parte

Y

La oficina del representante de la insolvencia en el Estado B, representada por [nombre y dirección], actuando en su condición de representante de la insolvencia en el procedimiento de insolvencia secundario abierto contra el deudor, [dirección] en el Estado B, nombrado por el foro competente en el Estado B, con fecha de […], (el "representante secundario de la insolvencia"),

por otra parte

Denominados en adelante los "representantes de la insolvencia".

Antecedentes: génesis de la insolvencia

2A) X, sociedad [constituida/con domicilio social] en el Estado A, es la sociedad matriz de una empresa multinacional que lleva a cabo sus operaciones comerciales a través de sus diversas filiales, en los Estados A, B, C y D.

X y algunas de sus filiales directas o indirectas en el Estado A han solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia ante el foro competente del Estado A con arreglo al régimen de la insolvencia de dicho Estado y se han coordinado dichos casos para fines procesales en el caso Nº [...]. Las empresas deudoras en el Estado A siguen en posesión de su respectivo negocio que siguen explotando con arreglo al régimen de la insolvencia del Estado A. En las actuaciones abiertas en el Estado A se han nombrado juntas de acreedores ordinarios (la "junta de acreedores").

Y (empresa filial indirecta de X en el Estado B) y algunas de sus filiales directas o indirectas en el Estado B han solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia ante el foro competente del Estado B con arreglo al régimen de la insolvencia de dicho Estado. Se han dictado órdenes con arreglo a las cuales a) se habilita a las empresas deudoras en el Estado B para solicitar las medidas de amparo judicial previstas en el régimen de la insolvencia del Estado B, y b) se nombra a Z como representante de la insolvencia de las empresas deudoras en el Estado B, con todo derecho, potestad, cometido y limitación de la responsabilidad que estén previstos en el régimen de la insolvencia del Estado B y que le haya conferido la orden emitida por el foro competente del Estado B.

Los procedimientos abiertos en los Estados A y B se seguirán por separado como procedimientos distintos. Tanto las empresas deudoras sitas en el Estado A como las sitas en el Estado B se han abstenido de solicitar el reconocimiento de su respectivo procedimiento ante el foro competente del otro Estado. Ni las unas ni las otras son empresas deudoras en el procedimiento abierto en el otro Estado, aun cuando se han personado en el otro procedimiento a título de acreedores para presentar sus respectivos créditos.

2B) X, sociedad constituida en el Estado A, es la sociedad matriz de un conglomerado constituido en el Estado B que lleva a cabo su negocio en los Estados A y B a través de diversas filiales ubicadas en los Estados A y B. X y algunas de sus filiales (denominadas colectivamente las "empresas X") son el principal proveedor independiente de servicios N en la región, generándose alrededor de un 90% de los ingresos de las empresas X en el Estado A.

Las empresas X desarrollan, integran y mantienen sistemas que prestan servicios N. Dichas empresas prestan servicios a sus clientes utilizando programas informáticos de fabricantes de gran prestigio.

Las empresas X han solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia ante el foro competente del Estado A. Las empresas X siguen en posesión del negocio de su respectiva empresa que gestionan con arreglo al régimen de la insolvencia del Estado A. No se ha nombrado una junta de acreedores ordinarios, pero se espera el nombramiento de dicha junta en el procedimiento abierto en el Estado A (la "junta de acreedores").

Algunas de las empresas X, así como la sociedad matriz de todas ellas, disponen de bienes y llevan a cabo operaciones comerciales en el Estado B. X y cinco de sus filiales en el Estado B (denominadas colectivamente, "los solicitantes") han obtenido la apertura de un procedimiento con arreglo al régimen de la insolvencia del Estado B ante el foro competente de dicho Estado. A instancia de los solicitantes, dicho foro dictaminó que a) el procedimiento seguido en el Estado A constituye un "procedimiento extranjero" a efectos del régimen de la insolvencia del Estado B; y b) paralizó todas las acciones interpuestas contra los solicitantes y sus bienes.

Los solicitantes son partes en los procedimientos abiertos en los Estados A y B.

Alcance y finalidad del acuerdo

3) Mientras se estén celebrando procedimientos paralelos y concurrentes contra el deudor en los Estados A y B, deberían adoptarse las medidas administrativas que proceda para coordinar ciertas actuaciones en dichos procedimientos, y para proteger los derechos de las partes y velar por la independencia de cada tribunal, mientras se procede a:

a) la venta de los bienes de las empresas deudoras;

b) determinar la admisibilidad y la prelación de los créditos presentados contra cada empresa deudora;

c) armonizar la preparación, aprobación, confirmación y puesta en práctica de un plan de reorganización con arreglo a los regímenes de la insolvencia del Estado A y del Estado B; y

d) resolver asuntos administrativos comunes.

4) En los procedimientos abiertos en los Estados A y B serán aplicables las siguientes cláusulas y condiciones: [...]

5) Los representantes de la insolvencia tanto del procedimiento principal como del secundario han decidido dar curso conjuntamente a este acuerdo con la finalidad de llegar a una solución práctica para el reparto de las sumas disponibles entre los acreedores de las sociedades insolventes. La finalidad del presente acuerdo es organizar la cooperación entre dichos representantes de la insolvencia. Se desea en particular organizar el intercambio de información entre ellos para la verificación de los créditos y el reparto de las sumas eventualmente disponibles.

Finalidad y metas

6) Mientras los procedimientos de insolvencia sigan abiertos en los Estados A y B y otros lugares respecto de las empresas deudoras, se estima necesario coordinar ciertas actuaciones, así como proteger los derechos de las partes interesadas y velar por la independencia de cada tribunal y la cortesía interjudicial. Por consiguiente, se ha concertado el presente acuerdo con miras a promover las siguientes metas y objetivos mutuamente deseables en el curso de los procedimientos seguidos en el Estado A y en el Estado B y, caso de ser necesario, en todo otro procedimiento que se abra:

a) armonizar y coordinar las actuaciones en cada procedimiento de insolvencia que se esté siguiendo;

b) promover una administración ordenada y eficiente de la insolvencia maximizando la eficiencia, reduciendo gastos y evitando toda duplicación de esfuerzos;

c) respetar la independencia e integridad de las actuaciones de cada uno de los foros competentes en los Estados A y B y en todo otro lugar donde proceda;

d) promover la cooperación y la cortesía judicial internacional entre todos los foros, así como entre la empresa deudora, la junta de acreedores, los representantes de la insolvencia y toda parte interesada en los procedimientos que se estén siguiendo;

e) facilitar una administración equitativa, transparente y eficiente de la insolvencia en provecho de todos los acreedores del deudor y de todo otro interesado, dondequiera que estén ubicados; y

f) aplicar un marco de principios generales para resolver las cuestiones administrativas básicas dimanantes de la índole internacional de una insolvencia transfronteriza.

Idioma

7) El presente acuerdo se ha concluido en los idiomas francés e inglés (ambos textos son igualmente auténticos). El idioma de las comunicaciones entre las partes será el inglés.

2. Terminología y reglas de interpretación

a) Terminología

48. El régimen de la insolvencia depende de nociones y de términos cuyo sentido difiere a veces notablemente de un Estado a otro. Incluso cuando las partes en una insolvencia transfronteriza hablan el mismo idioma puede haber términos que se entiendan de modo distinto en el derecho interno de cada una. A fin de obtener un entendimiento común, muchos acuerdos transfronterizos definen algunos de los términos utilizados en el acuerdo, aunque las definiciones varíen de un acuerdo a otro. Algunos acuerdos dedican una sección a las definiciones mientras que otros explican brevemente los términos utilizados según vayan apareciendo en el texto[35].

49. Es frecuente que el acuerdo explique los términos siguientes: normativa interna aplicable; foro competente; profesionales de la insolvencia; representante de la insolvencia; clases de procedimiento; el deudor; las partes; paralización de las actuaciones; y procedimiento involuntario.

b) Reglas de interpretación

50. Entre las reglas de interpretación usualmente incluidas cabe citar, por ejemplo, la de que todo término utilizado en singular se entenderá como referido también al plural y viceversa; la de que los títulos se insertan para dar mayor claridad al texto, pero sin que deba asignárseles ningún significado especial, y las de que toda mención de una de las partes deberá ser entendida, cuando proceda, como referida también al sucesor o al cesionario de dicha parte y todo empleo del género masculino como referido también a los géneros femenino y neutro[36].

51. Algunos acuerdos remiten explícitamente a los principios enunciados del *Concordat* (en inglés únicamente)[37] o a las directrices *Court-to-Court Guidelines*[38], a fin de incorporarlos al acuerdo, declarándolos aplicables a toda cuestión que proceda.

---

[35] Véase, por ejemplo, GBFE, 360Networks; el Concordato sobre la insolvencia transfronteriza del Consejo de la Asociación Internacional de Abogados (en adelante Concordat) contiene un glosario con las siguientes definiciones: reglamento administrativo, crédito común, composición, liberación, distribución, procedimiento de insolvencia, foro de la insolvencia, derecho internacional, procedimiento limitado, liquidación, foro principal, procedimiento principal, acreedores no locales, representante oficial, foro plenario, procedimiento plenario, crédito privilegiado, orden de prelación, crédito garantizado, régimen de la impugnación; las *CoCo Guidelines* contienen una definición del representante de la insolvencia (directriz 4).

[36] Véase, por ejemplo, *GBFE.*

[37] Véase, por ejemplo, *AIOC, Everfresh.*

[38] Véase, por ejemplo, *Systech*.

Cláusulas modelo

Terminología

8) En la lectura del presente acuerdo deberán aplicarse, salvo indicación en contrario, las siguientes reglas: [...]

Reglas de interpretación

9) a) Siempre que el contexto lo requiera, todo término insertado en el singular será entendido en el plural y viceversa. Todo término en masculino será entendido como referido también al género femenino o al género neutro.

b) El índice del presente acuerdo y los títulos dados a cada cláusula tiene por objeto facilitar la lectura de su texto, pero sin darle ningún significado adicional.

c) Toda remisión a una cláusula o párrafo o al preámbulo deberá ser entendida como referida a una cláusula o párrafo del presente acuerdo o a su preámbulo, salvo indicación en contrario.

d) Toda mención de una parte deberá ser entendida, cuando proceda, como referida también al sucesor o cesionario de dicha parte.

e) Salvo estipulación expresa en contrario, toda remisión al presente acuerdo o algún otro documento se entenderá como referida también a toda modificación del mismo o a todo texto que lo complemente o que lo sustituya eventualmente.

f) En lo concerniente al cómputo de cualquier plazo, desde la fecha inicial indicada hasta su término, la palabra "desde" deberá entenderse como referida a "desde e incluyendo" y la palabra "hasta" deberá entenderse como referida a "hasta pero excluyendo".

3. Tribunales

52. La cooperación judicial es un factor de creciente importancia en orden a sustanciar con eficiencia y eficacia una insolvencia transfronteriza, mejorando la predecibilidad del procedimiento para los deudores y acreedores, que no tendrán que conjeturar cuál será la reacción del foro competente a lo que suceda en un procedimiento extranjero, y contribuyendo a la equidad del procedimiento para todos los interesados. Los acuerdos transfronterizos suelen adoptar diversos enfoques en aras de la coordinación y cooperación entre los tribunales de distintos Estados al servicio de una administración eficiente de la insolvencia y de la solución negociada de las controversias.

a) Cortesía jurídica internacional e independencia de los tribunales

53. La "cortesía jurídica internacional" no constituye ni una obligación objetiva ni una mera práctica de cortesía o de buena voluntad sino que es el fruto del reconocimiento que un Estado otorga, en su territorio, a los actos del poder legislativo, ejecutivo o judicial de otro Estado, teniendo debidamente en cuenta tanto sus propios deberes e intereses internacionales como los derechos de sus

ciudadanos o de toda otra persona que se haya acogido al amparo de su propio orden jurídico. Muchos acuerdos insisten tanto en la importancia de la cortesía judicial internacional como en la independencia del foro competente, al estipular que la independencia de los tribunales no se verá negativamente afectada o mermada por la aprobación y puesta en práctica del acuerdo transfronterizo. Se insiste también en que todo foro competente podrá ejercitar con independencia su autoridad y potestad jurisdiccional respecto de todo asunto que le sea sometido y respecto de las partes que hayan de comparecer ante dicho tribunal[39]. En dicha cláusula se debe expresar el compromiso de las partes en el acuerdo de que actuarán de conformidad con la ley del foro competente (y por ello respetando todo límite que dicha ley les imponga).

54. Los acuerdos indican a menudo expresamente lo que no debe entenderse, con arreglo a la cortesía internacional, que el acuerdo haya previsto, es decir:

a) alterar la independencia, soberanía o competencia jurisdiccional de un tribunal;

b) facultar al deudor, a la junta de acreedores o a los representantes de la insolvencia para actuar al margen de algún deber que les sea impuesto por la ley del foro con arreglo a la cual hayan sido nombrados;

c) autorizar algún acto que requiera la aprobación de uno o de los dos foros competentes; o

d) impedir que un acreedor o alguna otra parte interesada haga valer su derecho con arreglo a la ley del foro[40].

b) Asignación de ciertos asuntos a uno de los tribunales

55. Cuando se abren actuaciones contra un mismo deudor ente diversos tribunales, se plantearán a menudo cuestiones acerca del alcance de la competencia de cada tribunal para conocer del caso. En ocasiones, un solo tribunal será competente para conocer de determinadas cuestiones. En otros casos, tal vez no sea igual de sencillo limitar la competencia de cada tribunal y varios de ellos serán igualmente competentes o habrán de compartir o ejercer conjuntamente su competencia para resolver ciertas cuestiones[41]. Pese a la independencia y soberanía jurisdiccional de cada tribunal, los acuerdos transfronterizos "asignan" a menudo el cometido de conocer de determinado asunto a uno u otro de los tribunales competentes para conocer del caso a fin de coordinar mejor el desarrollo de las actuaciones y evitar toda controversia o duplicación de la labor jurisdiccional. Tal vez se consiga esto si los tribunales dan su aprobación al acuerdo transfronterizo o, por una vía informal,

---

[39] Véase *Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113* (*1895*), decisión de un tribunal de los Estados Unidos por la que se reconoció una sentencia de un tribunal francés, dándose una definición muy temprana de la cortesía judicial internacional; véase también *360Networks, Matlack.*

[40] Véase, por ejemplo, *AgriBioTech, Pioneer*; las *CoCo Guidelines* enuncian directrices similares (directriz 3).

[41] El Concordato (*Concordat*) recomienda que un único foro asuma la responsabilidad de coordinar todos los procedimientos abiertos contra el mismo deudor (principio 1). Cuando se designe un foro principal, se recomienda que dicho foro se haga cargo de coordinar la reintegración y administración de la masa (principio 2A), pero, de no designarse dicho foro, se recomienda que cada tribunal decida acerca del valor y la admisibilidad de los créditos presentados (principio 8) y acerca de la administración de los bienes (principio 4).

si las partes convienen en someter la resolución de ciertas cuestiones a uno u otro de los tribunales competentes. Cabrá asignar a un tribunal la resolución de cierta cuestión definiéndola en términos generales como sería el caso de que se le asigne lo concerniente a la utilización y disposición de la masa deudora en general o, en términos más precisos, como sería el caso de que se le asigne lo concerniente a la verificación y admisión de los créditos presentados o lo concerniente a la aprobación de determinadas operaciones efectuadas en el marco de la utilización o enajenación de ciertos bienes, como pudiera ser la constitución de algún gravamen sobre ciertos bienes[42].

56. Aun cuando cierto asunto sea de la competencia de determinado tribunal, cabe que el acuerdo transfronterizo pida a dicho tribunal que, al resolver dicho asunto, tenga en cuenta los pareceres de otros tribunales y participantes. Por ejemplo, en un caso en donde se abrió un procedimiento principal y otro secundario, el acuerdo transfronterizo pidió al foro que conocía del procedimiento secundario que al resolver acerca del destino de los bienes sometidos a dicho procedimiento tuviera en cuenta cualquier propuesta del representante de la insolvencia en el procedimiento principal[43]. Cabe también que en el acuerdo se haya convenido en que convendría que determinado asunto sea resuelto por un único tribunal, para lo que convendría que los tribunales cooperaran a dicho respecto[44].

57. Citaremos algunos otros ejemplos que sirven para ilustrar la manera en que el acuerdo transfronterizo puede facilitar la coordinación y cooperación entre los tribunales competentes en un determinado caso. En el caso *Inverworld*, un acuerdo transfronterizo dio lugar a que se clausurara el procedimiento abierto en Inglaterra, a reserva de que se respetaran ciertas condiciones en el trato otorgado a los créditos presentados en dicho procedimiento y en la distribución de las competencias entre los dos foros restantes. El tribunal de los Estados Unidos se encargaría de resolver las cuestiones de derecho y de hecho pendientes en lo concerniente a la prelación de los créditos entre las diversas categorías de inversionistas mientras que el tribunal de las Islas Caimán se encargaría de supervisar la administración de la masa y el reparto del producto disponible entre los reclamantes. Uno y otro tribunal aceptarían las decisiones del otro como vinculantes, lo que evitaría la celebración de actuaciones paralelas. En el caso *Maxwell*, un acuerdo aprobado tanto por el foro inglés como por el de los Estados Unidos asignó ciertas tareas a uno u otro de los tribunales e instituyó un régimen cooperativo para la administración de la insolvencia. Entre otras cosas, el acuerdo habilitó al representante inglés de la insolvencia para administrar todos los bienes y operaciones de los negocios del grupo deudor, efectuando todo gasto necesario y adoptando toda medida que proceda, previo consentimiento del representante de la insolvencia de los Estados Unidos y la aprobación del tribunal de dicho país en lo concerniente a ciertas cuestiones.

58. Algunos acuerdos especifican los factores que determinarán la competencia de cada tribunal para actuar respecto de ciertas cuestiones, cabe citar entre esos factores el de la ubicación de la empresa deudora, o la ubicación de sus bienes o de sus acreedores; la aplicación de las reglas en materia de conflictos de leyes; todo

[42] Véase, por ejemplo, *Maxwell, Pioneer*.
[43] Véase, por ejemplo, *SENDO*.
[44] Véase, por ejemplo, *Laidlaw*.

pacto concerniente a la ley aplicable; o todo otro factor de conexión declarado aplicable. Por ejemplo, la sustanciación del procedimiento de insolvencia podría corresponder al foro competente del Estado donde se haya abierto el procedimiento; la aprobación de las operaciones concernientes a ciertos bienes correspondería al foro competente del Estado donde estén situados dichos bienes; el reparto del producto de toda venta y las órdenes que se hayan de dar a los representantes de la insolvencia para la administración de la masa correspondería al foro competente del Estado donde dichos bienes estén situados; toda determinación concerniente a los créditos presentados contra el deudor correspondería al foro del Estado del que el deudor sea ciudadano o del Estado donde residan, estén domiciliados, lleven a cabo sus negocios o tengan oficinas los reclamantes, o correspondería al foro del Estado donde hayan nacido los créditos a resultas del suministro de mercancías o de la prestación de servicios al deudor, o dicha competencia se asignaría en función de la categoría del contrato considerado o de la nacionalidad del socio contractual del deudor[45].

59. Algunos acuerdos prevén que los tribunales ejerzan conjuntamente su competencia respecto de determinadas operaciones, tales como la disposición o, más concretamente, la venta de los bienes del deudor. El acuerdo podrá prever también que se celebren audiencias conjuntas para determinar y resolver ciertos asuntos, como pudiera ser la utilización y disposición de los bienes del deudor y el reparto del producto de su venta, cuando dichos bienes estén ubicados en los dos Estados o en el de un tercer Estado[46]. Por razón de la índole del negocio del deudor y, en particular, por la interconexión e interdependencia de sus redes de comunicación y de sus operaciones por Internet, un acuerdo optó por identificar aquellas cuestiones que hubieran de ser resueltas con la asistencia de diversos tribunales. Los tribunales podrían celebrar vistas conjuntas para determinar y resolver dichas cuestiones y estaban facultados para determinar ulteriormente toda otra cuestión que hubiera de resolverse así en el curso del procedimiento de insolvencia[47]. Dicho acuerdo preveía además que ciertos asuntos (tales como el reparto del producto de la venta de ciertos bienes entre los acreedores de un solo país) que no fueran a ser resueltos en una audiencia conjunta de los dos tribunales, se resolverían ante uno solo de los tribunales.

60. Como método práctico para resolver cuestiones suscitadas por las divergencias eventuales entre los ordenamientos jurídicos, tal vez procedería pactar que los tribunales dicten sus órdenes condicionándolas a que el otro foro emita una orden complementaria adecuada. Se siguió este método en el caso *360Networks*, en el que los contratistas se mostraron reacios a renegociar un contrato sin un pacto vinculante por el que el deudor se comprometiera a no cancelar dicho contrato, en perjuicio de ellos, en el procedimiento abierto en los Estados Unidos, cuyo derecho interno hacía posible dicha cancelación. La validez de dichos pactos dependerá de que sean aprobados por los foros competentes.

---

[45] Véase, por ejemplo, *AgriBioTech*, *Everfresh*.
[46] Véase, por ejemplo, *Inverworld, PSINet.*
[47] Véase, por ejemplo, *PSINet.*

i) Trato otorgable a los créditos

61. El trato otorgable a los créditos puede referirse a su verificación, admisión y clasificación a raíz de su presentación y a la manera en que serán tratados en un plan eventual de reorganización. Cabría pactar en el acuerdo que el destino de cada crédito habrá de ser determinado por un único tribunal, salvo que el crédito tenga alguna conexión que, con arreglo a las reglas de conflictos de leyes, lo vincule a la ley de otro Estado o que dicho crédito esté vinculado a una garantía real o a algún privilegio reconocido por el derecho interno de otro Estado, o salvo que se haya estipulado expresamente que dicho crédito se regiría por el derecho interno de otro Estado[48].

62. En algunos acuerdos se estipula que, al presentar un crédito en uno de los procedimientos, cabe suponer que el acreedor ha elegido que dicho foro sea el que verifique y determine la admisibilidad del crédito presentado. Cabe que el acuerdo prevea algún método para determinar el foro competente para verificar y determinar la admisión de todo crédito que sea presentado en más de un procedimiento[49]. Los tribunales podrán también convenir en las reglas que habrán de observarse en determinadas actuaciones, como pudiera ser al practicarse la prueba de los créditos presentados[50]. Las partes en un procedimiento podrán asimismo aplazar el examen de los créditos o convenir en el procedimiento que se seguirá para dicho examen que pudiera ser de carácter general o concerniente a ciertas categorías de créditos (por ejemplo, los créditos internos de un grupo de empresas)[51].

ii) Impugnación de ciertos actos

63. Algunos acuerdos contienen cláusulas relativas a la investigación y recuperación de bienes que puedan pertenecer a la masa del deudor ubicada en el territorio jurisdiccional del tribunal[52]. La legitimidad para investigar toda enajenación de bienes de la masa y para impugnar dichos actos puede depender de la ley del foro competente o de las reglas aplicables en materia de conflicto de leyes.

iii) Representantes de la insolvencia

64. El acuerdo suele precisar la potestad jurisdiccional que retendrá cada tribunal respecto del representante de la insolvencia nombrado en el procedimiento que se esté siguiendo ante dicho tribunal. Dicha potestad puede recaer sobre el nombramiento, la conducta y la remuneración del representante, facultando además al tribunal para conocer y resolver toda cuestión que surja a dicho respecto en el procedimiento seguido ante el tribunal[53]. Dicha potestad puede recaer también, en algunos casos, sobre cuestiones concernientes al representante de la insolvencia nombrado en algún otro procedimiento. En cierto caso en el que no se concertó un

---

[48] Véase, por ejemplo, *Solv-Ex*.
[49] Véase, por ejemplo, *Pioneer*.
[50] Véase, por ejemplo, *Philip*.
[51] Véase, por ejemplo, *Quebecor*.
[52] Véase, por ejemplo, *Nakash*.
[53] Véase, por ejemplo, *Commodore*, *Mosaic*.

acuerdo transfronterizo, el tribunal hubo de intervenir en la determinación de la remuneración del representante de la insolvencia nombrado por el otro foro[54].

iv) Solución de las controversias

65. A fin de que se mantenga la cooperación entre los procedimientos y de hacer que se respete el marco establecido por el acuerdo, cabe pactar una vía para resolver las controversias que surjan en su aplicación[55]. Pueden surgir controversias respecto de la intención, la interpretación o la puesta en práctica del acuerdo o respecto de la administración del procedimiento o de la masa deudora.

66. Los acuerdos transfronterizos prevén distintas vías para la solución de dichas controversias. Una de ellas es la de que las partes hagan lo posible por resolver la controversia sin tener que llevarla ante un tribunal. De no ser dicha vía posible, cabrá llevar la controversia ante el tribunal designado en el acuerdo como competente para hacer respetar los términos del acuerdo o para resolver ciertas controversias, como pudieran ser las nacidas de algún acto o decisión del representante de la insolvencia. Otra vía a seguir sería la de remitir todo asunto concerniente a las actuaciones abiertas en un Estado al tribunal competente de dicho Estado o la de remitir toda controversia concerniente a todos los procedimientos a los que sea aplicable un acuerdo, al tribunal que esté en mejores condiciones para resolver la controversia[56].

67. Cabe también que los tribunales hayan pactado compartir la competencia para resolver ciertas controversias y celebrar, cuando proceda, una audiencia conjunta para resolverlas. Si contrariamente a lo pactado, se lleva una controversia ante uno solo de los tribunales, cabe que el acuerdo haya previsto que dicho tribunal podrá i) dictar, en consulta con el otro tribunal, una decisión vinculante para resolverla; ii) inhibirse en favor del otro tribunal, trasladándole total o parcialmente la cuestión suscitada; o iii) convocar una audiencia conjunta de los dos tribunales[57].

68. Otra posible vía de arreglo sería la de remitir a un tercero mediador la resolución de dichas controversias. Cabría indicar en el acuerdo el procedimiento a seguir en dicha mediación, regulando su apertura, la posibilidad de rechazo, el calendario, la elección y el nombramiento del mediador, la remuneración y la inmunidad del mismo, así como la confidencialidad de dicho proceso[58].

69. Algunos acuerdos sugieren además que los tribunales podrán facilitarse mutuamente informes o directrices y especifican el procedimiento aplicable. En aras de la transparencia, suelen declararse aplicables los requisitos del acuerdo en materia de notificación y tanto las empresas deudoras como la junta de acreedores y los representantes de la insolvencia podrán presentar todo escrito que proceda ante

---

[54] Véase *United Pan-Europe*.

[55] Véase, por ejemplo, *Solv-Ex*; las directrices *CoCo Guidelines* aconsejan a los tribunales que cooperen entre sí en la solución de toda controversia concerniente a la intención o a la aplicación de las cláusulas de un acuerdo o protocolo de cooperación (directriz 16.2).

[56] Véase, por ejemplo, *GBFE, ISA-Daisytek*.

[57] Véase, por ejemplo, *Inverworld, Laidlaw*.

[58] Véase, por ejemplo, *Manhatinv*.

el foro competente en respuesta a los informes o directrices escritas enviadas por el otro tribunal[59].

70. El acuerdo puede haber indicado también las partes que estarán legitimadas para llevar ante el tribunal toda cuestión concerniente al acuerdo, señalando, a dicho respecto, a los representantes de la insolvencia[60] o a toda otra parte interesada.

c) Inhibición del foro

71. Se dice que un tribunal se inhibe cuando acepta algún límite de su propia competencia, respecto de la del otro tribunal, para conocer de ciertas cuestiones, declinando, por ejemplo, su competencia para conocer de una demanda que le sea presentada o para emitir una orden que le sea solicitada. Cuando la ley lo autorice, un tribunal podrá declinar su fuero, inhibiéndose en favor del otro, para evitar fallos contradictorios acerca de la misma cuestión. La inhibición de un foro competente es una cuestión delicada que afecta a la independencia de los tribunales y a la soberanía de un país. Solo puede darse si los foros competentes están de acuerdo y suele ser recíproca, por ejemplo, un tribunal solamente suele consentir en declinar su competencia para conocer de ciertas cuestiones, o en ejecutar ciertas decisiones del otro, en respuesta a una inhibición similar consentida por el otro tribunal. Un factor que aboga en favor de que un foro competente se inhiba, respecto de ciertas cuestiones, es el reconocimiento por un tribunal de que las actuaciones podrían verse de lo contrario paralizadas, dando lugar a una pérdida de valor de la masa insolvente en detrimento de los acreedores. La eficacia de un acuerdo transfronterizo por el que se prevea una inhibición recíproca de los foros competentes dependerá básicamente de que dichos tribunales reconozcan la validez de dicho pacto.

72. Abstenerse de ejercer su propia competencia, inhibiéndose en favor del otro tribunal, pudiera no ser posible respecto de ciertas cuestiones, dado que un tribunal estará a menudo obligado a ejercer su competencia jurisdiccional o su control judicial exclusivo sobre ciertos asuntos. La ley procesal del foro limita, en ocasiones, las facultades de un tribunal para inhibirse en favor de otro. En particular, cabe que los tribunales de países de tradición romanista no estén facultados para declinar su competencia ante la de un tribunal extranjero. Ahora bien, cabe que el representante de la insolvencia esté habilitado en dichos países para no presentar ciertas demandas o solicitudes ante el foro de su propio país, dejando así que el representante nombrado en un procedimiento conexo presente dicha demanda ante el foro competente del otro país.

73. El acuerdo transfronterizo podrá ocuparse de la inhibición eventual de uno u otro foro respecto de ciertos puntos concretos, definiendo tal vez ciertas cuestiones en las que procederá que un tribunal haga remisión al fallo emitido por el otro, por ejemplo, aceptando la resolución de cierta controversia surgida en el curso del cumplimiento del propio acuerdo o dando curso a la paralización de las actuaciones decretada por el otro tribunal, así como en toda otra cuestión que dependa del derecho interno del otro país interesado. Cabrá prever la inhibición en términos genéricos respecto de todo supuesto en el que dicha inhibición de uno de los foros

[59] Véase, por ejemplo, *Mosaic*.
[60] Véase, por ejemplo, *GBFE, Peregrine Investment*.

resulte conveniente y esté autorizada[61]. En el caso *Inverworld* anteriormente reseñado, uno de los frutos del acuerdo fue que uno de los tres tribunales competentes se inhibió en favor de los otros dos al clausurar las actuaciones entabladas ante su foro a reserva de que dichos tribunales aceptaran ciertas condiciones concernientes al trato otorgable a los reclamantes y a la distribución de ciertas funciones entre ellos.

74. Como ejemplos de supuestos en los que procedería que un foro se inhiba en favor del otro, cabe citar el de que convenga que la reorganización de una empresa deudora corra a cargo del tribunal que esté sustanciando el procedimiento principal[62], el hecho de que se haya decidido que el foro competente del lugar de la ley aplicable al crédito sea el que conozca de todo recurso contra la no admisión de dicho crédito, la existencia de un pacto por el que se estipule que todo recurso al respecto sea remitido al foro que el pacto designe competente, por todo tribunal que, en virtud de dicho pacto, no se considere competente[63], y todo pacto por el que quepa presumir que el tribunal que deba inhibirse dio ya su aprobación respecto del caso considerado[64].

d) Derecho a comparecer y a ser oído

i) Legitimidad procesal

75. El artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza dispone que todo representante extranjero estará legitimado para obtener acceso directo a los tribunales del Estado que haya dado su reconocimiento al procedimiento extranjero a fin de que dicho representante no haya de cumplir ciertos requisitos del foro exigibles al representante extranjero como pudiera ser una licencia para actuar ante el tribual o algún permiso consular. Dichos requisitos suelen resultar engorrosos y lentos obstaculizando la agilidad con la que se debe actuar en los procedimientos de insolvencia tanto internos como transfronterizos. En Estados que no hayan adoptado la Ley Modelo, el derecho de acceso a los tribunales pudiera verse obstaculizado o limitado por requisitos formales del tribunal o por alguna norma de derecho interno.

76. Los acuerdos que se ocupan del acceso directo de los interesados a los tribunales lo regulan de modo diverso y en función de cuál sea la parte interesada[65]. Algunos acuerdos se ocupan de esta cuestión al pactar que toda parte interesada estará legitimada para comparecer ante el foro competente de todo Estado que sea parte en el acuerdo, en la misma medida en que una parte homóloga domiciliada en dicho Estado esté legitimada para hacerlo. Dicho acceso podrá ser otorgado a un representante de la insolvencia o a alguna otra parte interesada, como pudieran ser los acreedores, el deudor, la junta de acreedores y todo prestamista que conceda un préstamo posterior a la apertura del procedimiento. Tratándose de un acreedor, muchos acuerdos le confieren el derecho a personarse en los procedimientos abiertos aun cuando se trate de un procedimiento en el que dicho acreedor no haya

---

[61] Véase, por ejemplo, *Olympia & York, PSINet*.
[62] Véase, por ejemplo, *Pioneer*.
[63] Véase, por ejemplo, *GBFE*.
[64] Véase, por ejemplo, *GBFE*.
[65] Las *CoCo Guidelines* recomiendan que se dé acceso directo al representante extranjero de la insolvencia (directriz 5).

presentado crédito alguno. Otro enfoque será el adoptado por los principios del *Cross-Border Insolvency Concordat* (en adelante el *Concordat*) que reconocen a todos los interesados, y a la junta de acreedores, el derecho a personarse ante todo foro en donde se haya abierto un procedimiento, pero sin imponerles la obligación de hacerlo[66].

77. En otro acuerdo se adopta el enfoque de dejar constancia del consentimiento de los representantes de la insolvencia de un Estado a que se reconozca la legitimidad procesal a efectos de los procedimientos de insolvencia locales reconocida a los representantes de la insolvencia extranjeros o se estipula que el representante de uno de los Estados apoyará toda solicitud que presente un representante de la insolvencia de otro Estado para comparecer en un procedimiento local[67]. La validez de los pactos entre representantes de la insolvencia en materia de acceso directo a los tribunales dependerá del derecho interno aplicable, por lo que tal vez no constituyan sino una mera expresión de buena voluntad o una promesa del representante local de que él no se opondrá a la comparecencia de los representantes extranjeros ante el foro local.

78. Algunos acuerdos dan también detalles acerca de cómo presentar un aviso de comparecencia, facilitando la dirección exacta del foro local competente[68].

ii) Sumisión a la jurisdicción del tribunal local

79. El artículo 10 de la Ley Modelo constituye una regla de "salvaguardia" por la que se garantiza que el foro competente de un Estado que haya promulgado el régimen de la Ley Modelo no extenderá su jurisdicción sobre todos los bienes del deudor o sobre el representante extranjero por el mero hecho de que dicho representante haya presentado una solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero. En países donde no se haya promulgado la Ley Modelo, todo representante de la insolvencia o toda parte interesada extranjera que comparezca ante el foro competente de dicho país se expone a quedar sujeta a la ley del foro local ante el que comparezca en lo concerniente al ámbito de su competencia. De concertarse un acuerdo que se ocupe del derecho a comparecer ante los tribunales de los diversos Estados involucrados en un caso de insolvencia, cabría delimitar el alcance de sumisión de todo interesado que comparezca ante un foro extranjero en la medida en que la ley del foro lo permita, previniéndose así el riesgo de un conflicto con la ley del foro de un Estado que no haya adoptado el régimen de la Ley Modelo. Todo pacto a este respecto incluido en un acuerdo deberá contar con la aprobación del foro local competente para ser válido.

80. Los acuerdos difieren por la manera de resolver esta cuestión. Algunos estipulan que la comparecencia ante el tribunal de un Estado o la presentación de una solicitud ante dicho foro puede someter al interesado a su jurisdicción en lo concerniente al procedimiento abierto ante dicho foro[69]. Con arreglo a otros acuerdos el interesado pasaría a estar bajo la competencia del foro extranjero únicamente en lo concerniente al crédito o a la solicitud que haya presentado en el

[66] Véase, por ejemplo, *Nakash*, *Quebecor*; así como el *Concordat*, principios 3A, 3C y 3D.
[67] Véase, por ejemplo, *Manhatinv, Federal Mogul*.
[68] Véase, por ejemplo, *Everfresh*.
[69] Véase, por ejemplo, *Loewen, Matlack.*

procedimiento abierto en dicho Estado[70]. De no haber comparecido una parte previamente ante un tribunal extranjero, o de no desear personarse ante dicho foro, cabrá estipular en el acuerdo que el interesado podrá presentar pruebas escritas en apoyo de una solicitud o crédito sin que se estime que dicha persona ha comparecido ante el tribunal extranjero al que haga llegar las pruebas escritas, con tal de que no solicite alguna medida de dicho tribunal.

81. Algunos acuerdos estipulan que los representantes de la insolvencia quedarán exentos de la competencia del tribunal extranjero ante el que comparezcan[71], mientras que otros estipulan que dicho tribunal asumirá cierta competencia sobre el representante de la insolvencia, pero únicamente respecto del asunto por razón del cual se haya personado ante dicho foro[72]. Dicha cláusula respondería a la inquietud de todo representante extranjero que no desee someterse, en su condición de tal, a la competencia de un tribunal extranjero. Dicha inquietud puede ser fruto de la falta de familiaridad con el derecho interno de dicho Estado, o puede deberse a que no desee comprometerse en algo importante ante un tribunal extranjero, dado que dicho compromiso pudiera suponer una violación del deber asumido por dicho representante en su propio país o pudiera exponerle a violar en algo la ley del foro extranjero, tal vez por no estar habilitado para adoptar ante dicho foro medida alguna que sea contraria al deber que haya asumido en su propio país.

82. Algunos acuerdos extienden la inmunidad personal frente a la jurisdicción del foro extranjero a la junta de acreedores al estipular que la comparecencia ante el foro extranjero no dará lugar a que los miembros de la junta queden personalmente sometidos a la jurisdicción de dicho foro[73].

83. A título de salvaguardia, algunos acuerdos estipulan que ninguna persona quedará sometida a la normativa de derecho sustantivo de la ley del foro, salvo que, con arreglo a las reglas de conflictos de leyes del propio foro, la ley de dicho foro sea aplicable a la operación en litigio, aun en casos en que la causa sometida a dicho tribunal no sea de insolvencia[74].

e) Procedimientos futuros

84. Tal vez proceda que el acuerdo prevea las cuestiones que pudieran surgir de abrirse algún procedimiento de insolvencia adicional respecto del deudor (por ejemplo, ante algún otro foro o, en el caso de un grupo de empresas, respecto de alguna otra empresa del grupo). Un acuerdo podrá prever su aplicación a un procedimiento futuro eventual no expresamente previsto en el acuerdo, con tal de que si se declara abierto un nuevo procedimiento extranjero, la política y las prácticas previstas en el acuerdo resulten aplicables a los asuntos que vayan a ser objeto del procedimiento extranjero y con tal de que se trate por igual a todos los acreedores que hayan de personarse en el procedimiento extranjero cualquiera que

---

[70] Véase, por ejemplo, *Inverworld.*

[71] Véase, por ejemplo, *Manhatinv*; este criterio se comparte en las *Court-to-Court Guidelines* que disponen que la comparecencia de un representante de la insolvencia en un procedimiento extranjero no le somete a la competencia del tribunal que conozca de dicho procedimiento (directriz 13).

[72] Véase, por ejemplo, *360Networks, Livent.*

[73] Véase, por ejemplo, *Pioneer, Systech*; véase también el *Concordat*, principios 3A y 3C.

[74] Véase, por ejemplo, *Solv-Ex.*

sea la ubicación de su domicilio. Un acuerdo puede haber previsto el supuesto de que un tribunal apruebe ulteriormente un acuerdo adicional con otro tribunal sito en un país extranjero, con tal de que el tribunal que sea además parte en el acuerdo inicial cumpla lo estipulado en el acuerdo adicional en la medida en que se lo permita su propia ley y que ello sea conforme con los principios de la cortesía internacional en materia de cooperación judicial[75].

85. Con arreglo a una cláusula de alcance más genérico, la obligación del representante de todo procedimiento no principal, de enviar información acerca del valor de los créditos que le sean presentados al representante del procedimiento principal, sería igualmente aplicable al representante de todo otro procedimiento no principal que se abra en el futuro contra el deudor[76]. La finalidad de dicha cláusula no es otra que la de confirmar que lo convenido en el acuerdo no contradice en modo alguno dicha obligación cuando esté ya prevista en el derecho interno.

Cláusulas modelo

Cortesía judicial internacional e independencia de los tribunales

10) La aprobación y la puesta en práctica del presente acuerdo no supondría merma alguna de la independencia jurisdiccional de los tribunales de los Estados A y B. El hecho de que el presente acuerdo sea aprobado o puesto en práctica por algún tribunal de los Estados A o B, o por el deudor, algún acreedor o algún otro interesado, no deberá ser entendido en el sentido de que alguno de ellos haya aprobado o consentido en alguna violación de la soberanía del Estado A o del Estado B.

De conformidad con los principios de la cortesía internacional y de la independencia judicial enunciados en el párrafo anterior, nada de lo estipulado en el presente acuerdo deberá ser entendido como si:

i) aumentara, disminuyera o modificara de algún modo la soberanía de los Estados A o B o la independencia y competencia de sus tribunales o de algún otro órgano jurisdiccional de dichos Estados, o como si mermara la autoridad de dichos órganos para otorgar alguna medida reparatoria apropiada con arreglo a la ley aplicable;

ii) obligara al foro competente del Estado A a adoptar alguna medida que sea incompatible con sus obligaciones con arreglo a la ley del foro;

iii) obligara al foro competente del Estado B a adoptar alguna medida que sea incompatible con sus obligaciones con arreglo a la ley del foro;

iv) obligara al deudor, a la junta de acreedores o al representante de la insolvencia a adoptar o abstenerse de adoptar alguna medida en violación de algún deber impuesto por la ley aplicable; o

v) autorizara alguna medida que, con arreglo al régimen de la insolvencia del Estado A o del Estado B, deba ser aprobada, tras ser oídas las partes o tras

[75] Véase, por ejemplo, *360Networks*.
[76] Véase, por ejemplo, *SENDO*.

haberse dado todo aviso que proceda, por uno o los dos tribunales (salvo que dicha medida esté expresamente prevista por el presente acuerdo).

El deudor, la junta de acreedores, los representantes de la insolvencia y todo empleado, agente, socio o profesional al servicios de alguno de ellos, deberán respetar y cumplir con todo deber que les sea impuesto por el derecho interno del Estado A y del Estado B, o por toda otra ley o reglamento aplicable, así como por toda orden emanada de un tribunal competente.

Reparto de competencias entre los tribunales

11) El tribunal del Estado A gozará de una competencia plena y exclusiva sobre las actuaciones en el procedimiento que se esté siguiendo en el Estado A y sobre toda audiencia que haya de celebrarse en el curso de dicho procedimiento. [*Repítase la presente cláusula, pero refiriéndola al tribunal del Estado B.*]

Reparto de la competencia jurisdiccional entre los tribunales: trato otorgable a los créditos

12) A fin de coordinar la reorganización del negocio del deudor y de evitar toda duplicación innecesaria de las actuaciones o de las costas, o toda resolución de un tribunal incompatible con la de otro de los tribunales, serán aplicables los siguientes principios para la determinación de la validez y la cuantía de cada crédito presentado contra uno de los deudores y del trato otorgable a dicho crédito:

a) la determinación de la validez, la cuantía y el trato otorgable a todo crédito contra algún deudor, que cuente con el respaldo de una garantía otorgada por el deudor del Estado A respecto de obligaciones contraídas por el deudor del Estado B con arreglo al derecho interno del Estado B u otorgada por el deudor del Estado B respecto de obligaciones contraídas por el deudor del Estado A con arreglo al derecho interno del Estado A, deberá efectuarse por el tribunal del Estado A en el marco del procedimiento abierto ante dicho foro;

b) la determinación de la validez y cuantía del trato otorgable a todo crédito contra el deudor del Estado A será efectuada por el tribunal del Estado A en el procedimiento abierto ante dicho foro;

c) la determinación de todo crédito contra el deudor del Estado B (a excepción de los créditos descritos en el apartado a) de la presente cláusula) deberá hacerse con arreglo a los siguientes principios:

i) se presumirá que toda persona que presente un crédito contra el deudor del Estado B, en el procedimiento abierto en el Estado A, ha optado por que el tribunal del Estado A sea el que determine la validez, la cuantía y el trato otorgable a su crédito;

ii) se presumirá que toda persona que presente un crédito contra el deudor del Estado B, en el procedimiento abierto en dicho Estado, ha optado por que el tribunal del Estado B sea el que determine la validez, la cuantía y el trato otorgable a su crédito;

iii) se presumirá que toda persona que presente un crédito contra el deudor del Estado B, tanto en el procedimiento abierto en el Estado A como en el procedimiento abierto en el Estado B, ha optado por que el tribunal del Estado A sea el que determine la validez, la cuantía y el trato otorgable a su crédito.

Impugnación judicial de ciertos actos del deudor

13) El régimen de la insolvencia del Estado A será la norma aplicable para determinar si las transferencias efectuadas a empresas ubicadas en el Estado A son impugnables. [*Repítase la presente cláusula, pero refiriéndola al Estado B.*]

Representantes de la insolvencia

14) El representante de la insolvencia y todo otro profesional nombrado en el procedimiento abierto en el Estado A quedarán sometidos a la competencia plena y exclusiva del tribunal del Estado A, que será competente en todo lo que les concierna, y particularmente en lo concerniente a:

a) la duración de su mandato;

b) su remuneración;

c) su responsabilidad eventual frente a toda persona perjudicada, ya sea natural o jurídica, el deudor o algún tercero, a resultas del ejercicio de su cargo; así como para

d) conocer de cualquier asunto concerniente a estas cuestiones que surja en su procedimiento, y para resolver a dicho respecto.

El representante de la insolvencia y todo otro profesional designado por el tribunal del Estado A no estarán obligados a recabar la aprobación de dicho tribunal para poder actuar ante el tribunal del Estado B. Además, el representante de la insolvencia y todo otro profesional nombrado por el tribunal del Estado A:

a) serán remunerados por sus servicios con arreglo únicamente al régimen de la insolvencia y a toda otra norma legal o mandato judicial aplicable que esté en vigor o haya sido emitido en el Estado A; y

b) no estarán obligados a recabar la aprobación de la remuneración que les sea otorgada por concepto de sus servicios en el procedimiento abierto por el tribunal del Estado B.

[*Repítanse estas dos últimas cláusulas, refiriéndolas al procedimiento abierto en el Estado B.*]

Solución de controversias

15A) Toda controversia relativa a los términos, la finalidad o la aplicación del presente acuerdo será presentada por las partes ante el tribunal del Estado A, o ante el tribunal del Estado B o ante ambos tribunales a la vez, previa notificación dada con arreglo a lo previsto en el anterior párrafo x. Cuando sea uno solo de los tribunales el que vaya a resolver la controversia, dicho tribunal:

a) podrá obrar en consulta con el otro tribunal; y

b) estará plenamente facultado para:

i) emitir un fallo vinculante a raíz de dicha consulta;

ii) abstenerse de pronunciarse al respecto, trasladando total o parcialmente el conocimiento del asunto en litigio al otro tribunal; o

iii) solicitar una audiencia conjunta de los dos tribunales.

No obstante lo dicho, cada tribunal deberá respetar, al emitir su resolución, la independencia y toda competencia inherente al otro tribunal que sea conforme a derecho, y deberá obrar respetando las prácticas de la cortesía judicial internacional.

15B) El presente acuerdo se regirá únicamente por la ley del Estado A. Toda controversia concerniente a la validez, la interpretación y el cumplimiento o incumplimiento del presente acuerdo será de la competencia exclusiva del foro del Estado A.

15C) Toda controversia relativa a los términos, la finalidad o la aplicación del presente acuerdo deberá ser presentada por las partes interesadas, previa toda notificación exigible, ante el foro competente del Estado A o del Estado B.

Inhibición de uno de los foros

16) A fin de armonizar y coordinar la administración de los procedimientos de insolvencia, los tribunales del Estado A y del Estado B coordinarán en lo posible sus actuaciones y declinarán, cuando proceda, su propia competencia en favor de la del otro foro. Los tribunales obrarán a su leal saber y entender para coordinar sus actuaciones de tal modo que toda cuestión, que proceda, pueda ser resuelta por uno solo de los tribunales.

Derecho a comparecer y a ser oído

17) El deudor, sus acreedores y todo otro interesado en el procedimiento de insolvencia, como pudiera ser la junta de acreedores y los representantes de la insolvencia, tendrán derecho y estarán legitimados para a) comparecer y ser oídos en las actuaciones abiertas por el tribunal tanto del Estado A como del Estado B, al igual que todo acreedor o todo otro interesado domiciliado en el país del respectivo foro, con arreglo a toda norma de derecho interno que sea aplicable a toda otra parte que haya de comparecer ante dicho foro, y b) depositar un aviso de comparecencia o cumplir todo otro trámite que proceda ante al tribunal del Estado A o del Estado B, a sabiendas, no obstante, de que su comparecencia o todo otro trámite cursado ante dicho tribunal puede someter a un acreedor y a todo otro interesado a la competencia del tribunal ante el que haya comparecido o tramitado su instancia. La comparecencia de la junta de acreedores ante el foro que sustancie el procedimiento en el Estado B no someterá a los miembros de dicha junta a la competencia de dicho foro. No obstante lo aquí dicho y de conformidad con lo indicado en el anterior párrafo x [*acerca de la competencia de cada tribunal para nombrar al representante de la insolvencia y de determinar su remuneración*], a) el tribunal del Estado B podrá declararse competente respecto del representante de la insolvencia nombrado en el Estado A en lo concerniente a todo asunto que haya motivado que el representante de la insolvencia nombrado en el Estado A comparezca ante el tribunal del Estado B; y b) [*Repítase lo dicho en el apartado a), refiriéndolo al tribunal del Estado A.*]

Procedimiento futuro

18) De abrirse otro procedimiento extranjero, toda persona afectada por el presente acuerdo deberá, en la medida de lo posible y con tal de que todo acreedor en dicho procedimiento extranjero sea tratado por igual cualquiera que sea el lugar de su domicilio, poner en práctica los procedimientos previstos por el presente acuerdo respecto de dicho procedimiento extranjero y actuará respecto de dicho procedimiento con arreglo al objetivo y las normas de conducta procesal estipuladas en el presente acuerdo.

Si el foro del Estado A concierta un acuerdo con un foro de un país distinto del Estado B, el foro del Estado B observará dicho acuerdo en la medida en que lo permita el derecho interno y los tratados en los que sea parte el Estado B y en la medida en que ello sea conforme a los principios de la cortesía internacional y de la cooperación judicial. [*Repítase esta cláusula, refiriéndola al tribunal del Estado B.*]

4. Administración de las actuaciones

86. La manera en que se resuelvan ciertas cuestiones de procedimiento que pueden surgir en una insolvencia transfronteriza, como pudiera ser la prelación entre los procedimientos, la paralización de las actuaciones o la determinación de la ley aplicable, puede ser un factor decisivo en orden al éxito de las actuaciones abiertas en un caso de insolvencia transfronteriza. Por ejemplo, si la paralización de toda actuación individual ordenada a raíz de la apertura de un procedimiento colectivo en un Estado es ignorada en otros Estados en donde el deudor posea bienes, dicha inobservancia de la paralización pudiera mermar la masa de la insolvencia en perjuicio de todos los acreedores. Procedería por ello que estas cuestiones sean abordadas y resueltas en un acuerdo.

a) Prelación entre los procedimientos

87. Conforme se indicó anteriormente, la experiencia demuestra que los tribunales se sienten a menudo reacios a la hora de inhibirse en favor de un tribunal extranjero, por lo que tal vez prefieran que se celebren procedimientos paralelos o que el procedimiento principal y los procedimientos secundarios sean tratados como si fueran procedimientos paralelos. Dicha preferencia puede estar fundada en el derecho interno aplicable o en el deseo de amparar los intereses de los acreedores del propio país. En aras de la seguridad jurídica y a fin de evitar conflictos y simplificar la coordinación de las actuaciones, cabría que el acuerdo asigne a cada foro la competencia para conocer de determinadas cuestiones o que convenga en un orden de prelación en determinados asuntos entre los distintos procedimientos. Por ejemplo, las partes podrán convenir en el acuerdo cuál será el procedimiento principal que goce por ello de precedencia sobre los demás procedimientos, tenidos por no principales[77].

88. Sucede a veces que un representante nombrado en un Estado solicite la apertura de un procedimiento ante un foro extranjero a fin de evitar conflictos jurisdiccionales o el riesgo de que los bienes del deudor sean dispersados en

[77] Véase, por ejemplo, *GBFE, Peregrine*.

perjuicio de sus acreedores[78]. Dado que tal vez no sea posible que un representante de la insolvencia que haya solicitado la apertura de un procedimiento extranjero sea nombrado representante en dicho procedimiento, puede ser importante que los representantes en uno y otro procedimiento lleguen a un acuerdo a fin de facilitar la coordinación de las actuaciones y evitar que se frustre la finalidad del procedimiento auxiliar. En el caso *SENDO*, por ejemplo, los representantes de la insolvencia concluyeron un acuerdo "para definir cómo habrían de proceder en la práctica a fin de obtener una coordinación eficiente de los dos procedimientos de insolvencia", al reconocer que el marco jurídico existente en dicho caso, es decir, el Reglamento (CE) de la Unión Europea, enunciaba únicamente ciertas reglas funcionales demasiado generales[79].

b) Paralización de las actuaciones individuales

89. La Guía Legislativa de la CNUDMI fija como objetivo esencial de un régimen eficaz de la insolvencia el de amparar el valor de la masa de la insolvencia frente a toda acción individual entablada por las diversas personas interesadas en la insolvencia y el de facilitar el curso ordenado y equitativo de las actuaciones colectivas en materia de insolvencia. La paralización o la suspensión de las actuaciones individuales constituye uno de los medios para lograr dichos objetivos. Una insolvencia transfronteriza que dé lugar a la apertura de varios procedimientos suele suscitar muchas dificultades en materia de paralización de las actuaciones, particularmente en lo concerniente a la observancia de una orden de paralización emitida por un tribunal extranjero en un procedimiento extranjero o al recurso de emitir órdenes de paralización paralelas en apoyo de un procedimiento extranjero. El derecho interno puede imponer límites al reconocimiento o la observancia de una paralización ordenada por un tribunal extranjero, o tal vez no autorice al tribunal local para otorgar una medida de paralización paralela basada en la presunta validez de la apertura de un procedimiento extranjero. Además, la paralización ordenada en un procedimiento de insolvencia tal vez no sea aplicable con el mismo alcance en el Estado donde se solicite su aplicación. La observancia de una orden de paralización emanada de un foro extranjero pudiera depender de consideraciones políticas y económicas, así como de los contactos comerciales o de las relaciones de amistad con el Estado en donde se haya ordenado la paralización. Aun cuando el derecho interno haya previsto el reconocimiento universal de una paralización automática, cabe que un foro extranjero se sienta inclinado a ignorar dicha paralización si ello ampara los intereses de los acreedores locales, aun cuando ello impida que se maximice el valor de la masa de la insolvencia en provecho de todos los acreedores.

90. La Ley Modelo prevé la paralización automática de las actuaciones individuales a raíz del reconocimiento de un procedimiento extranjero y se ocupa de ciertos aspectos concernientes a la coordinación de las medidas adoptadas en el procedimiento principal y en los procedimientos secundarios[80]. En Estados que promulguen el régimen de la Ley Modelo, la actitud de todo foro local respecto de una paralización resultaría relativamente clara y transparente[81]. Ahora bien, en otros

[78] Véase, por ejemplo, *GBFE, Peregrine, SENDO*.
[79] Véase, por ejemplo, *SENDO*.
[80] Ley Modelo de la CNUDMI, artículos 20 y 21, 28 y 29.
[81] No todos los Estados que han inspirado su legislación en la Ley Modelo han adoptado la práctica de la paralización automática.

Estados, o en Estados en los que no se solicite el reconocimiento del procedimiento extranjero, tal vez proceda prever esta cuestión en el marco de un acuerdo transfronterizo. Dado que el reconocimiento de una orden de paralización dictada en un procedimiento extranjero no podrá ser impuesto al tribunal local por el mero acuerdo entre las partes, los tribunales interesados deberán por lo general dar su aprobación a todo acuerdo en el que se prevea dicho reconocimiento.

91. Los acuerdos adoptan diversos criterios en lo concerniente a la paralización. Algunos acuerdos han previsto el reconocimiento conjunto de toda paralización de las actuaciones, al estipular que el tribunal de un Estado puede reconocer y dar curso en su propio ámbito jurisdiccional a la paralización decretada por el tribunal de otro Estado que sea parte en el mismo acuerdo y viceversa. Cabría hacer la salvedad de que la paralización será aplicada en la medida en que resulte necesaria y apropiada o con el mismo alcance que se le haya dado en el Estado donde fue ordenada. Cabría estipular que el tribunal que vaya a reconocer y dar curso a la paralización ordenada en otro Estado deberá consultar con el tribunal que emitió la orden en lo concerniente a la interpretación y aplicación que deba darse a dicha paralización, así como en lo concerniente a toda modificación o exención eventual de la misma, y a su ejecutoriedad.

92. En otros acuerdos no está previsto el reconocimiento automático, por los foros extranjeros, de una paralización ordenada por un tribunal que sea parte en el acuerdo, previendo en cambio que se solicite el reconocimiento y la asistencia de todo foro que proceda, pero dejando que sea el foro requerido el que decida si procede dar curso a la paralización ya ordenada o dictar una medida equivalente a su propia jurisdicción[82].

93. Además de convenir en dar curso a toda orden judicial de paralización de las actuaciones, las partes en el acuerdo pueden convenir en que suspenderán el curso de toda acción o medida ejecutoria interpuesta por ellas contra el deudor durante un cierto plazo que dé margen para concertar un enfoque coordinado de las actuaciones. Cabrá concertar dicho acuerdo en el marco de la junta de acreedores o directamente entre los acreedores interesados (particularmente si son ellos los que han solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia) y podrá consignarse por escrito[83], pero cabría concertarlo igualmente de palabra. En un caso parecido surgido entre un procedimiento principal y otro secundario, el representante de la insolvencia del procedimiento principal convino en no solicitar, durante cierto plazo, una orden de paralización en el procedimiento secundario, a fin de determinar cuál sería la vía óptima para recuperar los bienes del deudor, pese a que el derecho interno aplicable le reconocía el derecho a solicitarla[84].

94. Cabría también prever una exención eventual de la paralización. Uno de estos acuerdos prevé que la parte interesada solicite su exención de un acuerdo ya en vigor, en caso de emergencia. En otro acuerdo se facilitaba la coordinación de las actuaciones al eximir al representante extranjero de la paralización automática durante cierto período que le permitiera investigar la situación de los bienes supuestamente pertenecientes a la masa de la insolvencia en el Estado del foro. En

[82] Véase, por ejemplo, *Federal Mogul*.
[83] Véase, por ejemplo, *Inverworld*.
[84] Véase, por ejemplo, *SENDO*.

un caso en el que estaba prevista la administración conjunta de una insolvencia transfronteriza a raíz de que los interesados concertaran el plan de la misma, un acuerdo aprobado por los tribunales eximió a los representantes de la insolvencia de toda orden de paralización o similar que se dictara para que dispusiera de margen para dar curso al plan que se conviniera.

95. En supuestos en los que haya personas o bienes implicados en un tercer Estado, el acuerdo transfronterizo podría prever que todo tribunal requerido podría otorgar una medida de emergencia a instancia del representante de la insolvencia. En un acuerdo se estipuló que dado que la medida de amparo sería otorgada por el foro de un solo país, el representante de la insolvencia podría recabar, lo antes posible, la aprobación ulterior de todo otro foro que procediera[85].

c) Ley aplicable

96. Cuando las partes o los bienes afectados por un procedimiento de insolvencia se encuentran en distintos Estados, puede resultar muy problemática la determinación de la ley aplicable tanto a la validez y oponibilidad de las garantías u otros derechos sobre dichos bienes como al trato otorgable a los bienes de la masa de la insolvencia sitos en distintos Estados, y a las garantías y créditos de aquellas personas que no estén domiciliadas en el territorio del Estado donde se haya abierto el procedimiento de insolvencia. El tribunal que haya abierto un procedimiento de insolvencia se valdrá normalmente de las reglas de derecho internacional privado (es decir, de las reglas de conflictos de leyes) de la ley del foro para determinar cuál será la ley aplicable para la determinación tanto de la validez y oponibilidad de una garantía o de un crédito como del trato otorgable a los bienes de la masa. El procedimiento de insolvencia se regirá normalmente por la ley del foro que lo haya declarado abierto (la *lex fori concursus*) aun cuando muchos Estados prevean numerosas excepciones a dicha ley fundadas en diversos motivos y de alcance igualmente variable. La diversidad y el número de dichas excepciones puede causar inseguridad e incertidumbre a las partes interesadas en un procedimiento de insolvencia transfronteriza. La claridad con la que el régimen de la insolvencia haya previsto la determinación de la ley aplicable a todos los bienes e intereses afectados por la insolvencia será fuente de certeza y seguridad jurídica en lo concerniente a los efectos del procedimiento de insolvencia sobre las garantías y créditos de las partes afectadas por el procedimiento.

97. Ahora bien, la mayoría de los Estados no disponen de reglas en materia de conflictos de leyes que estén expresamente pensadas para resolver las cuestiones que puedan surgir en un caso de insolvencia transfronteriza. Cabe citar a título de ejemplo el caso *Toga Manufacturing*, en el que el tribunal de la insolvencia de los Estados Unidos denegó una medida cautelar a la empresa deudora canadiense que la solicitaba, por razón de que el crédito de una empresa de los Estados Unidos, que gozaría de prelación con arreglo al régimen de la insolvencia de los Estados Unidos, sería tratado en el procedimiento canadiense como un crédito ordinario[86].

98. Cuando la ley del foro no haya previsto reglas de conflictos de leyes claras, cabe que el acuerdo transfronterizo trate de evitar determinaciones conflictivas de la ley aplicable, indicando cuál será la ley aplicable respecto de determinadas

[85] Véase, por ejemplo, *Nakash.*

[86] En *Toga Manufacturing Ltd., 28 B.R. 165 (E.D.Mich. 1983).*

cuestiones. Muchos acuerdos indican cuál será la ley aplicable a cuestiones como la del trato otorgable a los créditos, o como las de las garantías reales y el ejercicio del derecho de compensación, la impugnabilidad de ciertas operaciones, la utilización y la enajenación de los bienes, la distribución del producto reportado por la venta de los bienes del deudor, y otras cuestiones[87]. Se siguen diversos criterios para la determinación de la ley aplicable a dichas cuestiones. Conforme a uno de ellos se declara aplicable la ley del foro, salvo que la cortesía judicial internacional abogue en favor de aplicar alguna otra ley. En algunos acuerdos se estipula que el foro competente deberá decidir estas cuestiones a la luz de sus propias reglas en materia de conflicto de leyes o de conformidad con la ley aplicable a la obligación subyacente. Los acuerdos a veces estipulan que la ley aplicable para la determinación de la impugnabilidad de ciertas operaciones, será la del Estado en cuyo territorio estén domiciliadas las empresas destinatarias de los bienes transferidos o la ley designada por las reglas de conflictos de leyes de la ley del foro de los acreedores[88].

99. Otra posibilidad sería la de que si no resulta fácil determinar la ley aplicable a la operación subyacente o si dicha ley es la de un Estado que no sea parte en el acuerdo, se aplicarán las reglas de conflictos de leyes de uno de los Estados interesados para determinar cuál será el foro competente para conocer del asunto controvertido. Otro enfoque consistiría en estipular que serán aplicables las reglas de conflictos de leyes de un tercer Estado cuando la aplicación de las reglas de conflictos de leyes de los foros interesados en la insolvencia dé lugar a un resultado conflictivo[89].

100. Las partes en el acuerdo podrán también convenir en cómo se resolverán ciertas cuestiones cuya solución difiera según que se declare aplicable la ley de uno u otro país. En un caso coordinado sin un acuerdo transfronterizo escrito entre procedimientos abiertos en los Países Bajos y los Estados Unidos, las partes convinieron en que cierto contrato engorroso al que sería aplicable la ley de un tercer Estado sería rechazado con arreglo al derecho interno de los Estados Unidos. Las partes convinieron asimismo en que los efectos de dicho rechazo fueran dirimidos en un arbitraje que se celebraría en los Países Bajos con arreglo al derecho interno del tercer Estado[90]. Las partes convinieron además en que no se aplicara la ley de uno de los Estados que hubiera subordinado ciertos créditos, equiparando su prelación a la de los accionistas, por razón de que ello sería incompatible con el régimen de la insolvencia aplicable en el otro país[91].

---

[87] El *Concordat* remite la determinación del valor y la admisibilidad de los créditos, así como la de ciertas categorías de garantías, a la ley del foro ante el cual se hayan presentado, a la luz de un análisis basado en las reglas aplicables en materia de conflictos de leyes (principio 8A).

[88] Véase, por ejemplo, *AgriBioTech, Everfresh.*

[89] Véase, por ejemplo, *Peregrine Investment.*

[90] Véase *United Pan Europe.*

[91] *Ibid.*, la ley que se declaró no aplicable era la sección 510 b) del *United States Bankruptcy Code.*

101. Conforme se observó (véase el párrafo 22 *supra*), las partes podrán concertar en el curso del procedimiento de insolvencia varios acuerdos. De obrarse así, cabría estipular en un acuerdo preliminar que las partes intentarán negociar un acuerdo subsiguiente que regule, por ejemplo, el trato otorgable a los créditos en el que se determine la ley aplicable a los créditos presentados por cada deudor y sus respectivos acreedores en el otro procedimiento[92].

Cláusulas modelo

Prelación entre los procedimientos

19) A reserva de lo estipulado en el presente acuerdo, el procedimiento abierto en el Estado A será el procedimiento principal y el procedimiento abierto en el Estado B será el procedimiento secundario. Ahora bien, por razones prácticas, dado que el negocio de la empresa está centrado y siempre lo estuvo en el Estado B, la liquidación de la sociedad se llevará a cabo en el Estado B y a partir de dicho Estado.

Paralización de las actuaciones

20A) El tribunal del Estado A reconocerá la validez de toda paralización de los procedimientos individuales abiertos y de las acciones entabladas contra el deudor y su patrimonio que sea ordenada en el Estado B con arreglo al régimen de la insolvencia de dicho Estado. Al aplicar lo estipulado en el presente párrafo, el tribunal del Estado A podrá consultar con el tribunal del Estado B acerca de a) la interpretación y el curso a dar a la paralización ordenada en el Estado B y acerca de toda orden de dicho tribunal por la que se modifique o conceda alguna exención de la paralización decretada y b) acerca del curso que deba darse en el Estado A a la paralización ordenada en el Estado B.

Nada de lo estipulado en el presente acuerdo restará legitimidad a los deudores o demás partes interesadas para hacer valer o impugnar la paralización ordenada en el Estado A o en el Estado B respecto de algún litigio en curso o de alguna actuación concerniente a algún bien, operación u otro asunto, dondequiera que se esté celebrando.

Nada de lo dispuesto en el presente acuerdo menoscabará o limitará la facultad de que goce uno u otro tribunal a) para decretar que toda paralización ordenada respecto de las partes en el procedimiento del que esté conociendo no será aplicable a una solicitud que alguna de dichas partes presente ante el otro tribunal o b) para otorgar una exención a dichas partes para presentar ante el otro tribunal una solicitud con arreglo a las condiciones que se estimen oportunas al otorgarse la exención.

20B) En aras de una administración ordenada y eficiente del procedimiento de insolvencia y a fin de proteger las masas deudoras en provecho de los acreedores y demás interesados, las partes se comprometen a:

a) solicitar ante el foro del Estado B, a instancia del representante de la insolvencia del Estado A y en la medida en que lo permita la ley de dicho foro,

[92] Véase, por ejemplo, *Calpine, Quebecor*.

que reconozca y/o preste asistencia judicial al procedimiento que se esté siguiendo en el Estado A y a que reconozca y dé curso en el Estado B a la paralización ordenada en el Estado A, o a que otorgue medidas cautelares equivalentes;

b) [*repítase la cláusula a) refiriéndola al foro del Estado A.*]

Ley aplicable

21) El foro que haya de pronunciar la sentencia será el que determine el valor, la admisibilidad y la prelación de los créditos presentados valiéndose para ello de un análisis efectuado a la luz de las reglas de conflictos de leyes aplicables en dicho foro.

5. Reparto de los cometidos o tareas entre las partes en un acuerdo

102. La cooperación será particularmente necesaria en toda esfera en la que se prevean conflictos. Todo acuerdo por el que se delimiten las funciones asignadas a cada parte o por el que se pacte, al menos, cierta medida de cooperación en dichas esferas, ayudará, sin duda, a evitar conflictos. Por consiguiente, los acuerdos delimitan a menudo los cometidos de cada parte, en las actuaciones abiertas, respecto de ciertas cuestiones, entre las que cabe citar: la supervisión del deudor; los planes de reorganización; el trato otorgable a los bienes; la legitimidad para entablar acciones; el trato otorgable a los créditos, así como la verificación de los créditos y la notificación a los acreedores; y la financiación de la empresa deudora posterior a la apertura de un procedimiento. Ahora bien, en la medida en que un acuerdo pueda afectar a la competencia de un foro competente o a su intervención en el procedimiento o a las medidas que pueda adoptar dicho foro, el acuerdo no será válido sin que los tribunales le hayan dado su aprobación.

103. En algunos Estados, el representante de la insolvencia estará facultado para encomendar, si se estima oportuno, ciertas tareas a otro representante de la insolvencia, pero supervisando la labor al respecto del otro representante, a fin de cumplir con los deberes asignados a su propio cargo; cabrá efectuar incluso dicho reparto de tareas con los representantes de la insolvencia en otros Estados. Los representantes de la insolvencia tal vez puedan asimismo contraer ciertos compromisos con miras a coordinar su labor con la de los foros competentes o la de otras partes interesadas. Por ejemplo, en un caso que se tramitó sin acuerdo escrito, el representante de la insolvencia entregó al foro del otro país una carta confirmando que no se efectuaría acto de disposición alguno hasta que dicho tribunal no diera su aprobación, caso de requerirse dicha aprobación[93].

a) Medios generales de cooperación

104. Algunos acuerdos no se ocupan del reparto de los cometidos y tareas entre las diversas partes interesadas y los tribunales, sino que enuncian un pacto general de cooperación que se asemeja a una declaración de la buena fe con la que se obrará,

[93] Véase *United Pan Europe*.

dejándose que sean las partes las que determinen la manera en que se logrará la cooperación[94].

105. Cabe citar, a este respecto, cláusulas por las que se estipula que las partes, es decir, algunas o todas las empresas deudoras, las juntas de acreedores y los representantes de la insolvencia, según sea el caso, concertarán toda medida razonable para dar curso a toda medida decretada por los foros competentes, y con miras a coordinar la administración de los procedimientos en provecho de las respectivas masas de la insolvencia y de todos los interesados[95]; deberá velarse por la coherencia de todas las medidas adoptadas en los distintos procedimientos de insolvencia; y deberá organizarse la administración de los procedimientos al servicio de la eficiencia y de la economía de las actuaciones, procurando coordinar la labor de los representantes de la insolvencia y centrando la atención en las cuestiones que habrán de ser resueltas por los tribunales y en toda cuestión procesal importante.

106. Cabría que el acuerdo entrara más en detalle acerca de los medios para lograr la cooperación, como pudiera ser, pactando una administración conjunta de los procedimientos, poniéndose de acuerdo los representantes de la insolvencia acerca de la manera de coordinar sus actividades, sin menoscabo de la responsabilidad inherente a cada uno con arreglo a la ley de su foro respectivo. Cabría estipular que cada representante controle la administración de toda filial de la empresa deudora en el territorio de su propio Estado, recabando la asistencia del otro representante siempre que sea necesario; que todo representante podrá actuar sin el consentimiento previo del otro y sin dar aviso previo, salvo en aquellos asuntos en los que se haya de dar aviso a toda parte interesada con arreglo a la ley por la que se rija el procedimiento que se esté siguiendo; o que todo representante de la insolvencia deberá esforzarse, de buena fe, por obtener el consentimiento del otro antes de adoptar ciertas medidas, como sería la de consentir en la consolidación patrimonial de una empresa deudora con otra empresa o la de adoptar cualquier medida que pueda repercutir adversamente sobre la empresa deudora o sobre algún otro miembro del grupo[96]. Cabría asimismo estipular la vía a seguir para obtener dicha cooperación, convocando, por ejemplo, una reunión inicial en la que los representantes de la insolvencia examinaran las medidas ya adoptadas respecto de la masa de la insolvencia y prepararan un plan conjunto, y reuniéndose luego con regularidad. Cabría fijar además el calendario para dichas reuniones, precisándose si se celebrarían directamente, por teléfono o por algún otro medio. Cabría cooperar de diversos modos conviniendo en aprovechar la documentación de un procedimiento para otro o en que los representantes de la insolvencia colaboraran entre sí, ejerciendo, a título de gestores, las facultades y funciones de un deudor en

---

[94] Véase, por ejemplo, *Philip, Systech*.

[95] Véase, por ejemplo, *Federal Mogul, Laidlaw*; el *Concordat* adopta un enfoque similar al disponer que en los casos en los que se hayan declarado plenamente competentes dos o más foros, sin que se nombre un foro principal, cada foro deberá coordinar sus actuaciones con los demás, concertando, si procede, un protocolo al efecto (principio 4A). Las *CoCo Guidelines* recomiendan la cooperación entre los representantes de la insolvencia, dando ciertas directrices al respecto (directriz 12.1-4) y recomendando asimismo que se designe al representante del procedimiento principal o a su agente como representante auxiliar en todo procedimiento secundario a fin de coordinar las distintas actuaciones bajo supervisión judicial (directriz 16.3).

[96] Véase, por ejemplo, AIOC.

posesión del negocio en el marco del procedimiento de la insolvencia abierto en el otro foro[97].

b) Supervisión de la empresa deudora

107. Cabría determinar en el acuerdo la medida en que la empresa deudora seguirá dirigiendo su propio negocio, estipulando lo que el personal de gestión de la empresa podrá o no hacer sin consultar con los representantes de la insolvencia o sin obtener su consentimiento. Cabría, por ejemplo, exigir su consentimiento previo para la utilización o la disposición de los bienes y la consulta previa para entablar alguna actuación judicial, para la contratación o el despido de empleados, salvo en el curso normal del negocio, y para tratar con alguna organización sindical, salvo en el curso normal del negocio[98].

c) Planes de reorganización

108. De abrirse un procedimiento de reorganización respecto de una empresa deudora en diversos países o respecto de varias empresas de un grupo ubicadas en distintos Estados, cabe preguntarse si será posible reorganizar dichas empresas de manera coordinada y tal vez con arreglo a un único plan que permita obtener ahorros en cada uno de los procedimientos, resolver coordinadamente las dificultades financieras de las empresas y maximizar el valor disponible para los acreedores. Los regímenes de la insolvencia de algunos países permiten la preparación de un único plan, mientras que con arreglo a otros dicho plan solo será posible si se consigue coordinar previamente los diversos procedimientos. Es por ello frecuente que los acuerdos transfronterizos aborden esta cuestión previéndose en muchos de ellos que se preparen y presenten, a cada uno de los foros competentes, planes de reorganización similares[99]. Cabría preparar planes similares, sin necesidad de un acuerdo escrito, si las partes se empeñan de consuno en preparar planes similares que puedan ser aprobados por cada foro con arreglo al derecho interno de cada uno de ellos. Cabría también hacerlo actuando en el marco de la obligación que incumbe a cada representante de la insolvencia de maximizar el valor de la masa y de actuar al servicio de los intereses de la empresa deudora.

109. La preparación conjunta de los planes puede ser una respuesta adecuada a las inquietudes de los acreedores y de los tribunales, en todo país en donde el foro y los acreedores hayan de dar su aprobación al plan y puedan supervisar su puesta en práctica, dado que cabría coordinar la labor preparatoria de los planes con arreglo a un acuerdo transfronterizo. Dicho acuerdo podría prever la preparación del plan o de los planes previstos, la clasificación y el trato otorgable a los acreedores[100], el procedimiento para la aprobación de los planes, ya sea por los tribunales o por votación, y la función que incumba a los tribunales (de haber alguna), particularmente en lo concerniente a la confirmación de un plan aprobado por los

---

[97] Véase, por ejemplo, *Manhatinv, Commodore*.

[98] Véase, por ejemplo, *Federal Mogul*.

[99] Véase, por ejemplo, *Solv-Ex*; las *CoCo Guidelines* insisten también en que los representantes de la insolvencia cooperen con miras a la reorganización de las empresas o a su venta como negocio en marcha, siempre que sea posible (directriz 14.1).

[100] Véase, por ejemplo, *Everfresh*.

acreedores y a su puesta en práctica[101]. Cabe también que se prevea que el plan, una vez aprobado por los acreedores y, caso de ser necesario, confirmado por el tribunal respectivo, sea vinculante para todo reclamante en un Estado donde el plan esté aprobado, independientemente de que dicho reclamante haya presentado su crédito en el procedimiento abierto en esos Estados o se haya sometido de algún otro modo a la jurisdicción del foro de dichos Estados[102].

110. Cuando el acuerdo no prevea la manera de proceder en la preparación del plan de reorganización, cabría que previera que todo plan deberá ser preparado con arreglo a la ley aplicable, por el deudor obrando en consulta con los representantes de la insolvencia o por mandato de los foros competentes. Un acuerdo transfronterizo que se ocupe de la coordinación en general, pero que no haya previsto la preparación de un plan de reorganización, puede, no obstante, facilitar la coordinación de dichos planes. En el caso *360Networks*, el acuerdo no había previsto que se preparara un plan de reorganización, pero, en el curso de la reorganización emprendida conforme al plan, las partes convinieron en preparar dos planes básicamente iguales y supeditaron la aprobación del uno a la del otro.

111. Una dificultad importante al negociar un único plan de reorganización es lo concerniente a la igualdad del trato que ha de darse a los acreedores de cada procedimiento y la necesidad de que unos no sean perjudicados en provecho de otros. Por ejemplo, en el caso *Felixstowe Dock and Railway Co.*[103], la empresa americana deudora trató que los tribunales ingleses cooperaran en un plan de reorganización levantando las medidas cautelares impuestas sobre los bienes de la empresa deudora en Inglaterra a fin de evitar su venta o enajenación. Pese a que el tribunal de los Estados Unidos ofreció al tribunal inglés, como contrapartida de que se levantaran las medidas cautelares impuestas, que los créditos presentados ante los tribunales ingleses no serían ignorados por el tribunal de los Estados Unidos, el tribunal inglés desestimó el requerimiento del tribunal americano, por razón de que estimó que los acreedores ingleses obtendrían un trato menos favorable en el marco del plan de reorganización que se iba a aplicar en los Estados Unidos.

112. Cabe adoptar diversos enfoques para la preparación y presentación del plan. Cabrá encargar dicha tarea a la empresa o las empresas deudoras, en supuestos en los que el régimen de la insolvencia haya previsto que el deudor pueda seguir en posesión del negocio, o a los representantes de la insolvencia que tal vez estimen oportuno recabar la colaboración de la propia empresa deudora. Cuando un plan vaya a ser preparado conjuntamente con el representante de la insolvencia, cabe adoptar diversos enfoques para coordinar la reorganización en los distintos Estados. Cabe, por ejemplo, que el personal gestor del negocio del deudor en cierto Estado esté en mejores condiciones para preparar el plan de reorganización para todas las empresas deudoras, siempre que lo haga en consulta con todos los representantes de la insolvencia; o cabe que el plan sea preparado por el deudor con un único representante de la insolvencia, pero bajo la supervisión de los demás representantes, particularmente si el régimen de la insolvencia exige que todo representante de la

[101] Véase, por ejemplo, *AgriBioTech*.
[102] Véase, por ejemplo, *AgriBioTech*.
[103] *Felixstowe Dock and Railway Co. v. U.S. Lines Inc.; [1989] Q.B. 360 (1987) (Eng). Re T & N Ltd; [2005] B.CC. 982.*

insolvencia participe en la negociación del plan de reorganización, o dé su consentimiento al plan[104].

d) Trato otorgable a los bienes

113. La administración de la insolvencia obligará a menudo a seguir utilizando los bienes de la empresa deudora o a enajenarlos (tal vez a título de garantía) a fin de alcanzar la meta asignada al procedimiento. Cuando la insolvencia del deudor dé lugar a la apertura de procedimientos en más de un Estado, tal vez sea preciso coordinar la utilización y enajenación de los bienes del deudor para maximizar el valor de la masa en provecho de todos los acreedores. Cabría concertar un acuerdo transfronterizo que facilite esta coordinación determinando el método para la aprobación del plan, asignando tareas a cada interesado y fijando las condiciones para la utilización o enajenación de los bienes. Aun cuando la ley aplicable en cada caso será la que determine hasta qué punto podrá delimitarse el cometido asignado a cada tribunal o a cada representante de la insolvencia, la práctica sugiere que cabrá adoptar uno de varios enfoques posibles[105].

i) Supervisión judicial

114. Algunos acuerdos encomiendan a los tribunales la tarea de supervisar la utilización y enajenación de los bienes, encargándole ya sea al foro del Estado en donde los bienes estén sitos, o al foro del Estado donde la empresa deudora esté domiciliada, o asignando el ejercicio conjunto de dicho cometido a los diversos foros competentes para conocer de los procedimientos que se hayan abierto[106]. En algunos acuerdos el factor de la ubicación de los bienes se aplica únicamente a ciertos bienes como, por ejemplo, los inmuebles[107]. Cabe también que, en casos en los que la interdependencia administrativa y operativa de las empresas transfronterizas sea muy notable, se supedite la venta de ciertos bienes a la aprobación conjunta de todos los foros, cualquiera que sea la ubicación de los bienes[108]. A fin de facilitar la aprobación conjunta y el reparto del producto entre las diversas masas deudoras, algunos acuerdos han previsto la celebración de audiencias conjuntas[109]. La aprobación judicial tal vez sea únicamente exigible respecto de ciertas operaciones o respecto de sumas que excedan de cierto valor, estableciéndose, por ejemplo, una distinción entre las ventas según que se hagan o no en el curso normal del negocio de la empresa deudora, exigiéndose tan solo la aprobación para estas últimas. Un acuerdo puede también estipular que ciertos tipos de operaciones no estarán sujetas a aprobación, como pudiera ser el acto de

---

[104] Véase, por ejemplo, *AgriBioTech, Maxwell.*

[105] En casos en los que dos o más foros se declaran competentes, pero no se designa un foro principal, el *Concordat* encomienda a cada foro los bienes sitos en el territorio de su jurisdicción (principio 4B). Cuando se estén siguiendo procedimientos ante un foro principal y otro secundario, las *CoCo Guidelines* recomiendan que cada representante deberá tratar de enajenar los bienes [sitos en su jurisdicción] en cooperación con los demás representantes, con miras a maximizar el valor de la masa en su conjunto [directriz 13.1]. Si la ley lo exige, deberá recabarse la aprobación del foro competente para toda venta u otro acto destinado a maximizar el valor de los bienes [directriz 13.1].

[106] Véase, por ejemplo, *AgriBioTech, Everfresh.*

[107] Véase, por ejemplo, *PSINet.*

[108] Véase, por ejemplo, *Tee-Comm.*

[109] Véase, por ejemplo, *Livent, PSINet.*

depositar fondos en una cuenta bancaria de la masa insolvente. En algunos acuerdos se estipula que la aprobación deberá darse para cada operación en particular, mientras que otros prevén que el tribunal emita una autorización global que exonere a los representantes de la insolvencia de tener que recabar una aprobación para cada acto de disposición en particular[110].

ii) Supervisión a cargo de los representantes de la insolvencia

115. Cabría también autorizar expresamente al representante de la insolvencia para hacer uso de los bienes del deudor o para enajenarlos sin aprobación judicial, siempre que lo permita la ley aplicable, a fin de agilizar su labor. Esta autorización podría conllevar una solicitud de que el deudor disponga de ciertos bienes. En algunos casos, tal vez proceda obligar al representante de la insolvencia a que recabe previamente el consentimiento de su homólogo extranjero para disponer de ciertos bienes, tal vez de acciones de la sociedad o incluso de intereses. A fin de que no suponga un obstáculo, cabría limitar dicha obligación al deber de consultar o recabar "honradamente" el consentimiento del otro representante. Cuando el deudor esté autorizado para administrar los bienes, por ejemplo, obrando a título de un deudor en posesión del negocio, tal vez deba exigirse la aprobación previa de los representantes para todo acto de venta o enajenación fuera del curso normal del negocio, pero no para actos de la administración ordinaria[111]. Incluso respecto de ventas o de enajenaciones que no requieran aprobación judicial, el tribunal podría supervisar dichos actos exigiendo que los representantes de la insolvencia presenten con regularidad un estado de su labor de gestión[112].

116. Entre las cuestiones que cabría prever en un acuerdo respecto de la utilización y venta de los bienes cabría citar: las modalidades de disposición; el tipo de cambio aplicable a las operaciones que hayan de ser computadas en distintas monedas; la modalidad o el lugar de pago del producto de la venta; y el destino dado a las sumas pagadas, destinándolas, por ejemplo, a capital de explotación, a sufragar los gastos ya aprobados, o a ser repartidas entre los acreedores[113].

iii) Investigación de los bienes

117. La investigación y la búsqueda de los bienes del deudor suele ser un factor decisivo en orden al éxito de un procedimiento de insolvencia, por lo que convendría coordinarla en aras de su eficiencia y economía. Cabría, por ejemplo, encargarla a un solo representante o coordinar la labor de todos los representantes que intervengan en ella, obligándoles, por ejemplo, a informar o dar todo aviso que proceda de su labor respectiva. Cuando se encargue la investigación a un único representante de la insolvencia, tal vez proceda que dicho representante informe a sus homólogos en otros Estados acerca del curso de la investigación[114] y celebre consultas periódicas acerca de los avances y resultados de su labor, así como acerca del seguimiento que haya de dársele y de toda solicitud que haya de presentarse ante los tribunales.

---

[110] Véase, por ejemplo, *Livent, Solv-Ex.*
[111] Véase, por ejemplo, *AIOC, Manhatinv.*
[112] Véase, por ejemplo, *Inverworld.*
[113] Véase, por ejemplo, *AIOC¸ Everfresh*.
[114] Véase, por ejemplo, *Maxwell, Nakash*.

e) Legitimidad para entablar actuaciones

118. En el curso de un procedimiento, cabe que se hayan de entablar ciertos tipos de actuaciones frente al deudor o frente a terceros, abriendo, por ejemplo, un procedimiento de insolvencia similar contra una filial del deudor (dondequiera que esté ubicada) que no sea aún objeto de un procedimiento de insolvencia, o abriendo un procedimiento paralelo por razón de la presencia en algún otro lugar de una sede social, de un negocio de la empresa o de una masa importante de bienes[115], así como entablando alguna acción frente a terceros con miras a impugnar ciertas operaciones o adoptando medidas concernientes a la presentación o verificación de los créditos. A fin de prevenir conflictos, el acuerdo podría legitimar a uno u otro de los representantes para iniciar dichas actuaciones, a reserva tal vez de que obtenga el consentimiento previo del otro representante de la insolvencia[116].

119. La legitimación, por vía del acuerdo, de un representante de la insolvencia para solicitar la apertura de algún nuevo procedimiento puede ser importante para suplir al régimen de la insolvencia que, en muchos países, no habilita al representante para este tipo de actuaciones o deja en duda su legitimidad procesal para iniciarlas. El artículo 11 de la Ley Modelo tiene por objeto habilitar al representante extranjero para solicitar, a raíz del reconocimiento de su procedimiento ya sea principal o secundario, la apertura de un procedimiento de la insolvencia en el Estado autor del reconocimiento, con tal de que se cumplan los requisitos por lo demás exigibles para la apertura de un procedimiento; la Ley Modelo no modifica los requisitos del derecho interno para el reconocimiento de dicho procedimiento. De igual modo, el artículo 23 legitima, a raíz del reconocimiento de un procedimiento extranjero, al representante extranjero para ejercitar toda acción de impugnación disponible en el Estado que haya dado su reconocimiento. En países donde no se haya promulgado el régimen de la Ley Modelo puede, no obstante, ser dudoso que un representante extranjero esté legitimado para ejercitar dichas acciones, por lo que asignar dicho cometido, en un acuerdo transfronterizo, al otro representante de la insolvencia pudiera facilitar la apertura de dichas actuaciones. Un acuerdo puede también estipular ciertas cuestiones de índole procesal, como pudiera ser el plazo para la presentación de ciertos documentos o informes y los avisos que habrán de darse con arreglo a la ley aplicable.

f) Trato otorgable a los créditos

120. Los créditos presentados por los acreedores, en el curso del procedimiento, determinarán diversas cuestiones, desde la legitimidad del acreedor para votar y el alcance de su voto al monto de su reembolso. Por consiguiente, los trámites para presentar un crédito y para verificar si es admisible y dictaminar que lo es son un factor esencial del procedimiento de insolvencia. Cuando las actuaciones abiertas sean transfronterizas, tal vez convenga concertar y coordinar en un acuerdo el lugar y el plazo para la presentación de los créditos, indicándose el órgano legitimado y la autoridad y el procedimiento a seguir para su verificación y admisión, así como todo aviso que haya de darse de los créditos presentados y el reconocimiento recíproco de los que sean admitidos en uno y otro procedimiento. Lo pactado en dicho acuerdo

[115] Véase, por ejemplo, *Commodore*.
[116] Véase, por ejemplo, *Manhatinv.*

habrá o no de ser aprobado por los tribunales, según cual sea la función que competa al tribunal en la verificación y admisión de los créditos. Cabría negociar en el acuerdo ciertos pormenores de la tramitación de los créditos o pactarse que el otorgable a ciertos créditos será negociado ulteriormente en un protocolo que determine los plazos, la ley aplicable y el foro competente para conocer de los créditos entre empresas deudoras[117].

121. Si bien lo normal es que la coordinación del trato otorgable a los créditos sea objeto de un acuerdo escrito, cabe obtener dicha coordinación sin necesidad de un acuerdo. En un caso transfronterizo entre los Estados Unidos y los Países Bajos, el deudor en posesión del negocio y los profesionales de la insolvencia cooperaron, sin necesidad de un acuerdo escrito, para coordinar ciertos trámites dentro del respeto debido a la ley aplicable en uno y otro foro.

122. Los acuerdos pueden también dilucidar ciertas cuestiones de prelación o de subordinación de créditos. Por ejemplo, en un caso las partes convinieron en no relegar ciertos créditos al nivel de los créditos por concepto de capital social, subordinándolos con arreglo a la ley del foro de uno de los países pero contrariamente a la ley del otro foro.

i) Presentación de los créditos

123. El acuerdo puede determinar cuál será el procedimiento en el que habrán de presentarse los créditos y resolver la cuestión suscitada por todo crédito que se presente en más de un procedimiento para determinar cuál será el foro que deberá verificar si debe o no ser admitido. Cabría prever que los créditos presentados en uno de los procedimientos sean tenidos por debidamente presentados en el otro, cuando este sea el que esté encargado de determinar si procederá o no admitirlo, o cabría prever que un crédito presentado en uno de los procedimientos sea tenido por sucesivamente presentado en los dos, cuando sea el segundo el que se haya encargado de examinarlo. Cabría que el acuerdo precisara que la presentación de un crédito es un requisito previo para ejercitar el voto acerca de un plan de reorganización o de cualquier otra propuesta y para participar en un reparto[118].

ii) Verificación y admisión de los créditos

124. La verificación y admisión de los créditos se lleva a cabo de diversos modos y puede correr a cargo del foro competente, del representante de la insolvencia y en algunos casos del propio deudor. Como ya se indicó, el acuerdo puede haber previsto el procedimiento que se habrá de seguir para la verificación y admisión de los créditos y para el reparto de ciertas tareas entre los tribunales o los representantes de la insolvencia[119]. Por ejemplo, cabe prever en el acuerdo que los representantes de la insolvencia se pongan de acuerdo acerca del procedimiento a seguir o acerca de cuál será la ley aplicable en lo concerniente al trato otorgable a los créditos.

---

[117] Véase, por ejemplo, *Calpine, Quebecor*.

[118] Véase, por ejemplo, *AgriBioTech, Livent*.

[119] Véase, por ejemplo, *Inverworld*; el *Concordat* enuncia los principios rectores para la presentación de créditos respecto de insolvencias donde se haya designado un foro principal y respecto de insolvencias donde exista más de un foro que se haya declarado plenamente competente, sin que se haya designado un foro principal (principio 2 D y E, 4 C-E).

125. Cuando el tribunal se encargue de este trámite, las partes podrán estipular que uno solo de los foros se encargará de verificar la admisibilidad o no de todos los créditos que se presenten[120] y de dictaminar al respecto, o que cada tribunal se encargará de verificar y dictaminar acerca de la admisibilidad de los créditos presentados en el procedimiento que dicho tribunal haya abierto[121]. Cuando uno solo de los tribunales sea el encargado de dictaminar acerca de los créditos, ese tribunal suele ser el foro del Estado donde el deudor esté ubicado, salvo que la cortesía judicial o las circunstancias del caso aconsejen otra solución[122].

126. Cuando el acuerdo convenga en que el foro de un solo Estado se encargará de verificar la admisibilidad de los créditos y de dictaminar al respecto, dicho acuerdo tal vez haya de ser reconocido por los demás foros competentes y ser aceptado por el deudor. Cabe también que, cuando diversos foros hayan de intervenir en la determinación de la admisibilidad de los créditos, el acuerdo prevea que cada tribunal sea el que examine los créditos presentados en su procedimiento y que su dictamen al respecto será reconocido y aplicado por los demás foros, en la medida en que lo permita la ley aplicable en cada caso. Si ciertos trámites son necesarios para obtener dicho reconocimiento, cabría que el acuerdo los encomiende al propio deudor o al representante de la insolvencia[123]. Obligar a los representantes de la insolvencia a intercambiar periódicamente sus listas de créditos presentados en cada procedimiento podría facilitar la coordinación de su tramitación[124]. Cuando el derecho interno aplicable exija que los acreedores se personen en la verificación de sus créditos, cabría que el acuerdo buscara un remedio para soslayar las dificultades y los gastos que esto suponga para los acreedores extranjeros, impidiéndoles incluso que acudan en defensa de sus créditos, cuando estos recaigan sobre sumas relativamente bajas.

127. Cabe que el acuerdo prevea que el foro competente será el que determine el valor, la admisibilidad y la prelación de los créditos, a la luz de lo que se desprenda de las reglas de conflictos de leyes aplicables en dicho foro o de conformidad con la ley aplicable al crédito subyacente[125]. Cabe también que el acuerdo prevea la tramitación de las objeciones presentadas a los créditos, permitiendo, por ejemplo, que se diriman por separado en cada procedimiento[126].

128. Cabría prever, como vía alternativa, que la verificación y admisión de los créditos corra a cargo del representante de la insolvencia, especificándose el procedimiento que se habrá de seguir. En un acuerdo se previó, por ejemplo, que los representantes de la insolvencia del procedimiento principal y de los procedimientos secundarios, abiertos en distintos Estados de la Unión Europea, determinaran por separado la cuantía y la admisibilidad de los créditos presentados en sus respectivos procedimientos, pero que los representantes de los procedimientos secundarios deberían presentar al representante del procedimiento principal una lista de los créditos admitidos en sus procedimientos. La verificación se debería efectuar por

[120] Véase, por ejemplo, *AgriBioTech*.
[121] Véase, por ejemplo, *Commodore*.
[122] Véase, por ejemplo, *PSINet*.
[123] Véase, por ejemplo, *PSINet, AgriBioTech*.
[124] Véase, por ejemplo, *AIOC*.
[125] Véase, por ejemplo, *Everfresh, AgriBioTech*.
[126] Véase, por ejemplo, *Everfresh*.

separado de conformidad con el derecho interno de cada Estado y con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CE)[127].

129. La determinación del trato otorgable a ciertos créditos, como por ejemplo los créditos ordinarios, podrá ser encomendada, en algunos casos, a la parte interesada, por ejemplo, al deudor en posesión del negocio, a reserva de que obre en consulta con los representantes de la insolvencia[128].

130. El acuerdo podrá también prever el trato otorgable a los créditos en un procedimiento de reorganización, pero con anterioridad a la aprobación y puesta en práctica del plan. En un acuerdo se encomendó dicho cometido, durante dicho período, a los representantes de la insolvencia, que deberían, no obstante, consultar con el deudor acerca de la validez y cuantía de los créditos y acerca de si procedía pagarlos o saldarlos de algún otro modo[129].

131. Otra cuestión que cabría resolver en un acuerdo es cuál será el tribunal ante el que deba apelarse el rechazo de algún crédito. Para facilitar la coordinación en aras de la transparencia y la predecibilidad, el acuerdo puede haber señalado ciertas formalidades para la verificación y la admisión de los créditos en lo concerniente a asuntos como i) la prueba del crédito presentado, ii) el aviso de su rechazo, y iii) la elección del foro[130].

iii) Reparto entre los acreedores

132. Cuando los acreedores estén habilitados para presentar sus créditos en más de un procedimiento, convendría que se coordinen los procedimientos para evitar una situación en la que un acreedor pueda obtener un trato más favorable que otros acreedores de su misma categoría al obtener un pago por el mismo crédito en más de un procedimiento. El artículo 32 de la Ley Modelo enuncia una regla para resolver esta situación (denominada en ocasiones la regla de la *equidad proporcional*).

133. Algunos acuerdos contienen una cláusula general, referente al reparto de la masa deudora, a tenor de la cual deberá realizarse el valor máximo de la masa en provecho de todos los acreedores garantizados, privilegiados y ordinarios, que no sean miembros o empresas del mismo grupo, repartiéndose el producto neto de la venta con arreglo al orden de prelación establecido por el derecho interno de uno solo de los foros. Algunos otros acuerdos contienen una cláusula general por la que se previene contra el pago por partida doble, en procedimientos paralelos, a un acreedor que haya presentado su crédito en ambos procedimientos. En otros acuerdos se señalan métodos para evitar que se produzca dicho pago, sugiriéndose, por ejemplo, el intercambio de información entre los representantes de la insolvencia en forma de listas de los repartos programados o, de haberse efectuado ya el reparto, listas de los beneficiarios del reparto. Cabría también prever que el acreedor sea reembolsado como si hubiera presentado un crédito único en uno u otro procedimiento, pero limitando la suma recuperable con cargo a la masa deudora en

[127] Véase, por ejemplo, *SENDO*.
[128] Véase, por ejemplo, *Everfresh*.
[129] Véase, por ejemplo, *Federal Mogul*.
[130] Véase, por ejemplo, *GBFE*.

función de una tasa calculada con arreglo al límite autorizado por el derecho interno de los dos foros competentes[131].

134. Cabe que el acuerdo prevea también las modalidades del reparto, indicando, por ejemplo, la moneda en que se efectuará el pago, quién abonará la cuota asignada a cada acreedor, pudiéndose prever que cada representante de la insolvencia se hará cargo del reparto en el procedimiento para el que fue nombrado[132]; y cuáles serán los acreedores beneficiarios.

g) Financiación posterior a la apertura de un procedimiento

135. Mantener el negocio del deudor en marcha tras la apertura de un procedimiento de insolvencia será un factor decisivo si se opta por la reorganización de la empresa, y puede serlo también en un procedimiento de liquidación, si se desea vender el negocio en marcha. Para mantener su negocio en marcha el deudor necesitará obtener fondos que le permitan pagar los suministros y servicios que sean necesarios para la marcha del negocio. Si el deudor no dispone de fondos para alimentar el flujo normal de tesorería de su empresa, deberá negociar con terceros para obtener dichos fondos[133]. Dado que muchos regímenes de la insolvencia restringen la aportación de nuevos fondos a una empresa deudora en casos de insolvencia o no autorizan que se otorguen las garantías preferentes requeridas para obtener financiación posterior a la apertura de un procedimiento, es sin duda aconsejable que, en un supuesto de insolvencia transfronteriza, se aborde esta cuestión en el marco de un acuerdo transfronterizo.

136. Ahora bien, muchos acuerdos no prevén las dificultades de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento. En cambio, la orden judicial por la que se aprueba el acuerdo transfronterizo contiene, a veces, una cláusula concerniente a la financiación posterior a la apertura. Cabe que dicha orden autorice a los solicitantes para recurrir a todas las vías de refinanciación de la empresa aún abiertas, incluida la posible venta de ciertos bienes o de parte del negocio de la empresa, a reserva de su aprobación por el tribunal y los prestamistas según proceda y cabe que dicha orden apruebe y reconozca la financiación ya aprobada en otros procedimientos que estén abiertos[134]. En uno de estos acuerdos se pactó que el representante de la insolvencia encargado de mantener el negocio en marcha habría de recabar el consentimiento del otro representante y la aprobación del otro foro para obtener la financiación requerida, aun cuando la ley aplicable no lo exigiera[135]. Con dicho pacto se deseaba conseguir que el representante del procedimiento paralelo abierto obrara en aras de maximizar el valor de la masa de la insolvencia, pero sin menoscabar los intereses de ninguno de los dos procedimientos abiertos. Cabrá también pactar en el acuerdo que la financiación otorgada con posterioridad a

---

[131] Véase, por ejemplo, *AIOC, SENDO.*

[132] Véase, por ejemplo, *Peregrine Investment, GBFE.*

[133] Las *CoCo Guidelines* recomiendan que los representantes de la insolvencia cooperen entre sí para obtener toda financiación posterior a la apertura del procedimiento que sea necesaria, aun cuando se haya de otorgar una garantía real preferente a los prestamistas, en la medida en que ello resulte apropiado y lo permita la ley aplicable (directriz 14.2); véase también la Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, II, párrs. 94 a 107 y las recomendaciones 63 a 68.

[134] Véase, por ejemplo, *Systech.*

[135] Véase, por ejemplo, *Maxwell.*

la apertura de un procedimiento quedará únicamente sujeta a la competencia del foro en cuyo territorio jurisdiccional se negoció[136].

137. De modo similar, cabría que el acuerdo transfronterizo autorice explícitamente al representante de la insolvencia para tomar fondos prestados o para gravar bienes si se cumplen ciertas condiciones como pudiera ser el consentimiento de la junta de acreedores, o permitir que se destine el producto de ciertas operaciones comerciales, que no supongan la venta de bienes de la masa, para financiar, por ejemplo, la explotación de la empresa o alguna inversión necesaria, dejándose los detalles de la operación financiera al arbitrio del buen sentido del representante de la insolvencia[137].

Cláusulas modelo

Vías de cooperación en general

22) En aras de una administración eficiente del procedimiento de insolvencia, el deudor, la junta de acreedores y los representantes de la insolvencia deberán a) cooperar entre sí en lo concerniente a toda actuación entablada ante los tribunales del Estado A y del Estado B, y b) adoptar toda otra medida apropiada para coordinar la administración de los procedimientos que se estén siguiendo en el Estado A y en el Estado B en provecho de la masa deudora en cada Estado y de los respectivos acreedores.

Supervisión del deudor

23) El deudor no deberá:

a) adoptar, sin el consentimiento del representante de la insolvencia del Estado A, ninguna de las medidas siguientes:

i) constituir alguna hipoteca o gravamen nuevo sobre algún bien de la masa;

ii) dar su conformidad a la validez o cuantía de algún crédito de un acreedor previo a la apertura del procedimiento o pagar o saldar dicho crédito con cargo a la masa deudora, salvo que dicha medida esté prevista en un plan de reorganización ya aprobado con arreglo a la ley del Estado A;

iii) realizar ventas o compras entre empresas del grupo que no formen parte del curso normal del negocio de dichas empresas o que no sean conformes a la política de precios actual de la empresa deudora;

b) adoptar, sin consulta previa con el representante de la insolvencia del Estado A, alguna de las siguientes medidas:

i) presentar ante el tribunal del Estado A, o distribuir entre los acreedores, o alguna de las categorías de acreedores, del deudor, algún plan de reorganización, con miras a obtener su aprobación;

[136] Véase, por ejemplo, *Mosaic.*
[137] Véase, por ejemplo, *GBFE, Livent*.

ii) consultar con algún sindicato de trabajadores, salvo que esté obrando en el curso normal de su negocio;

iii) contratar o despedir empleados, salvo que se haga en el curso normal del negocio, y el deudor deberá obrar a dicho respecto, en todo momento, con arreglo a la normativa de derecho interno aplicable en materia de empleo.

Planes de reorganización

24) En la medida en que sea practicable y lo permita la ley del foro respectivo, los representantes de la insolvencia de los Estados A y B deberán presentar ante sus respectivos foros planes de reorganización, que sean básicamente iguales y que sean conformes al régimen de la insolvencia de dicho foro. Los representantes de la insolvencia de los Estados A y B deberán coordinar en lo posible todas las actuaciones a la luz de dichos planes de reorganización, prestando particular atención a la convocatoria y desarrollo de toda votación requerida para aprobar dichos planes, al trato otorgable a los acreedores y a la clasificación de los créditos. En la medida en que no estén previstos en el presente acuerdo, dichos trámites se desarrollarán con arreglo a la ley aplicable o a todo mandato emitido al respecto por el foro competente del Estado A o del Estado B.

A fin de coordinar la presentación simultánea de los planes de reorganización ante sus respectivos foros, los representantes de la insolvencia de los Estados A y B adoptarán toda medida necesaria para obtener la prórroga del plazo de presentación que proceda en uno u otro Estado.

Trato otorgable a los bienes: supervisión judicial

25) Las operaciones relativas a los bienes sitos en el Estado A solo estarán únicamente sujetas a la aprobación del foro del Estado A. Las operaciones relativas a los bienes sitos en el Estado B estarán únicamente sujetas a la aprobación del foro del Estado B. Toda operación relativa a bienes sitos en uno y otro Estado estará sujeta a la competencia conjunta de ambos foros.

Supervisión por los representantes de la insolvencia

26) El deudor no deberá, sin el consentimiento previo de los representantes de la insolvencia de los Estados A y B, adquirir, vender o disponer de bien alguno fuera del curso ordinario de su negocio.

Investigación de los bienes

27) Los bienes de la masa deudora deberán ser buscados e investigados dondequiera que puedan encontrarse. El representante de la insolvencia en el Estado A ha iniciado ya dicha investigación que proseguirá, en aras de su continuidad, eficiencia y economía, de conformidad con lo pactado en el presente acuerdo. No obstante, el representante de la insolvencia en el Estado B, así como el deudor o toda otra parte interesada, estarán legitimadas para solicitar ante uno u otro tribunal que se emita una orden por la que se autorice o se ordene al representante de la insolvencia en el Estado B a llevar a cabo una investigación independiente.

En el curso de su investigación, el representante de la insolvencia en el Estado A deberá dar aviso, en todo momento oportuno, al representante de la insolvencia en el Estado B, acerca de toda acción que desee entablar y deberá consultar de buena fe con el representante de la insolvencia en el Estado B acerca de la conveniencia de entablar dicha acción y de los motivos que pueda haber para hacerlo. Salvo que en las circunstancias del caso no resulte oportuno, el representante de la insolvencia en el Estado A deberá presentar al representante de la insolvencia en el Estado B el proyecto de toda acción que el representante nombrado en el Estado A desee interponer ante uno u otro foro. El representante en el Estado A no estará obligado a obtener el consentimiento del representante en el Estado B para entablar dichas acciones, pero, en la medida en que el representante de la insolvencia en el Estado B no esté de acuerdo con alguna acción interpuesta, deberá: a) exigirse que el representante de la insolvencia en el Estado A informe al tribunal ante el que interponga dicha acción del desacuerdo expresado por el representante de la insolvencia en el Estado B, y b) darse al representante de la insolvencia del Estado B una oportunidad razonable para comparecer y ser oído, o para obtener alguna medida cautelar, ante el foro competente.

El representante de la insolvencia en el Estado A mantendrá en todo momento informado al representante de la insolvencia en el Estado B acerca del curso de la investigación de los bienes de la masa deudora y deberá consultar periódicamente con el representante de la insolvencia del Estado B acerca de la marcha de la misma. Salvo indicación en contrario del representante de la insolvencia en el Estado B o de alguno de los foros respecto de algún dato en particular, el representante de la insolvencia en el Estado A comunicará prontamente al representante de la insolvencia en el Estado B todo documento o toda información que haya obtenido en el curso de su investigación.

Legitimidad para la apertura de un procedimiento

28) El representante de la insolvencia en el Estado A se esforzará de buena fe por obtener el consentimiento del representante de la insolvencia en el Estado B antes de:

a) solicitar o dar su consentimiento a la apertura de un procedimiento de insolvencia (en los Estados A o B o en algún otro lugar) respecto del deudor en el Estado A; y

b) instar a la empresa deudora o a su filial en el Estado A a declararse insolvente.

Presentación de los créditos y su verificación y admisión

Véase la cláusula modelo Nº 12: *Reparto de tareas entre los tribunales: trato otorgable a los créditos*.

Reparto entre los acreedores

29) A fin de evitar el riesgo inherente a la pluralidad de los procedimientos, de pagar a un acreedor una cuota global superior a la que le corresponda, cada representante de la insolvencia estará obligado a enviar al otro representante:

a) Previo al pago de alguna cuota, el plan de reparto propuesto con arreglo al cual se determinarán las cuotas abonables. Los representantes de la insolvencia a los que se envíe dicho plan deberán responder al remitente dentro de los […] días siguientes a la fecha de recepción del plan. Todo retraso en dicha respuesta será tenido por la aceptación del plan propuesto;

b) A raíz de todo pago de cuotas abonables, la lista con los nombres y direcciones de los beneficiarios del reparto, así como la suma abonada y la índole del crédito satisfecho.

Financiación posterior a la apertura

30) El representante de la insolvencia del Estado A recabará, de buena fe, la aprobación previa del representante del Estado B para obtener fondos en préstamo o para gravar a dicho fin alguno de los bienes del deudor.

6. Intercambio de comunicaciones

138. Como ya se dijo, el intercambio de comunicaciones entre las partes que intervienen en los procedimientos de insolvencia transfronteriza suele ser considerado como un factor esencial para disipar la incertidumbre de las partes en los casos de insolvencia transfronteriza que no suelen estar familiarizadas con la legislación aplicable en el otro Estado o su aplicación. Por consiguiente, un objetivo común de los acuerdos transfronterizos suele ser el de prever vías de comunicación entre las partes. Donde se haya promulgado en el derecho interno el capítulo IV de la Ley Modelo, las reglas de sus artículos 25 a 27 facilitarán el marco legal requerido para las comunicaciones entre los tribunales, así como entre los representantes de la insolvencia y entre los tribunales y los representantes de la insolvencia. Cabría detallar en un acuerdo el contenido de la información intercambiable y las vías utilizables, así como el método y la frecuencia de los intercambios, los avisos que habrán de darse y la confidencialidad del intercambio. Donde no se haya promulgado la Ley Modelo, cabría que el acuerdo previera tanto el marco jurídico como los detalles funcionales del intercambio de comunicaciones. Formalizar las vías de comunicación en un acuerdo facilitará la coordinación global de los procedimientos abiertos, fomentará la confianza entre las partes, evitará disputas y obrará en aras de la transparencia[138].

139. Cabría concertar un pacto en materia de comunicaciones para resolver todas o algunas de las cuestiones anteriormente indicadas conforme a las circunstancias del caso y con arreglo a la normativa procesal aplicada en cada lugar. Si bien muchos de estos pactos han obtenido aprobación judicial, dicha aprobación tal vez solo sea necesaria cuando dicho pacto se ocupe de las comunicaciones entre los tribunales; un pacto concerniente a las comunicaciones entre los representantes de la

[138] Las directrices *CoCo Guidelines* recomiendan que los tribunales se pongan en comunicación para coordinar y armonizar los distintos procedimientos abiertos (directriz 2), no solo entre sí sino con los representantes de la insolvencia extranjeros (directriz 4), y que cooperen directamente entre sí por medio de los representantes de la insolvencia o de toda persona u órgano que sea nombrado para actuar a instancia del tribunal (directriz 16.4). En ellas se aborda también la cuestión de la oportunidad (directriz 15), del método y de los medios de comunicación (directrices 6 y 7).

insolvencia y los acreedores no necesitaría aprobación judicial. Dicho pacto podría ser uno de varios pactos concertados en el curso de las actuaciones para facilitar la solución de diversas cuestiones.

a) Comunicación interjudicial

i) Comunicación directa

140. Conforme se indicó (parte II.B), la comunicación entre los foros competentes suele ser un factor esencial por razón de la función supervisora que incumbe a los tribunales en un procedimiento de insolvencia y ayudará a evitar actuaciones contradictorias, demoras y costas indebidas, así como audiencias prolongadas y engorrosas, incoherencias en el trato de los acreedores, y pérdidas del valor de los bienes. La comunicación directa podrá facilitar además la resolución de todo problema que surja del trato distinto que pueda haber previsto la ley de cada foro para créditos de la misma categoría. Por ejemplo, en el caso *Stonington Partners* en el que se abrieron procedimientos paralelos en los Estados Unidos y Bélgica, una cuestión fue la del rango otorgable a un crédito viciado por un fraude bursátil que le privaría de todo derecho a percibir una cuota con arreglo a la ley de los Estados Unidos, pero que con arreglo a la ley de Bélgica constituía un fraude tolerable que le permitiría figurar, en caso de ser admitido, entre los créditos ordinarios[139]. Donde esté permitida por la ley aplicable, la comunicación interjudicial facilitará a cada foro un conocimiento directo de las actuaciones del otro. En un litigio contra una empresa deudora sita en los Estados Unidos abierto en las Antillas Neerlandesas, una llamada telefónica del juez de las Antillas Neerlandesas al de los Estados Unidos permitió rectificar un dato erróneo facilitado por las partes. En dicho caso, la comunicación directa entre los tribunales dio lugar a que el tribunal de los Estados Unidos emitiera, con el beneplácito del tribunal de las Antillas Neerlandesas, una orden de apertura de una mediación y nombrara a un mediador con el consentimiento de las partes[140]. En un litigio en el que intervenían un tribunal de los Estados Unidos y otro del Canadá, el foro canadiense recabó información del foro de los Estados Unidos para determinar si el representante de la insolvencia satisfacía los criterios de independencia requeridos para su reconocimiento como representante extranjero en el Canadá[141].

141. En el caso *Cenargo*[142], respecto del cual se abrieron procedimientos de insolvencia en los Estados Unidos y el Reino Unido, se organizó la comunicación directa entre los foros competentes por medio de una conferencia telefónica organizada, con la participación de los abogados de las diversas partes, a raíz de que el foro de los Estados Unidos se pusiera en contacto con el foro inglés para resolver el problema surgido a raíz de que los tribunales dictaran órdenes conflictivas. En el curso de dicha conferencia, el magistrado inglés mencionó que la ley del foro no le permitía hablar directamente con los miembros de otro tribunal sin el consentimiento y la participación de las partes. Se dio a las partes la oportunidad de opinar al final de la conferencia telefónica y se distribuyeron por escrito sus comentarios a instancia del juez inglés. Las diversas salvaguardias que procede

---

[139] Lamentablemente, el tribunal de rango inferior no respetó la firme recomendación del tribunal superior de ponerse en contacto con el tribunal belga, véase la nota 10 *supra*.

[140] Nota 21 *supra*.

[141] *AgriBioTech*.

[142] En *re Cenargo Int'l, PLC, 294 B.R. 571* (*Bankr. S.D.N.Y. 2003*).

aplicar al entablarse una comunicación directa son examinadas en la parte II (párrafo 8 *supra*) y más adelante en los párrafos 185 a 188 del presente texto.

142. La cláusula de un acuerdo transfronterizo que se dedique a la comunicación entre los tribunales podrá ocuparse de diversos aspectos de la misma. Por ejemplo, cabría facultar a los diversos foros para comunicarse entre ellos en general o respecto de cualquier cuestión concerniente a la insolvencia o para coordinar su labor y evitar que se emitan órdenes conflictivas[143] o cabría definir las cuestiones sobre las que los tribunales podrán ponerse en contacto y, en algunos casos, pedir cierto asesoramiento del otro tribunal, como pudiera ser respecto de lo dispuesto en la ley de dicho foro, acerca de, por ejemplo, la interpretación, la aplicación y la ejecutoriedad de la orden de paralización dictada por dicho foro[144].

143. Cuando la comunicación directa entre los tribunales no sea posible, cabría que se comunicaran a través de los representantes de la insolvencia o de algún intermediario o por carta u otro escrito. Como ya se dijo, toda comunicación judicial directa transfronteriza estará sujeta al derecho interno y a la práctica judicial de cada país, que tal vez no sea favorable a dicha comunicación (véase la parte II, párrafo 9 *supra*). El artículo 31 del Reglamento (CE) prevé la comunicación entre los representantes de la insolvencia, pero no dice nada de los tribunales. Algunos Estados miembros de la Unión Europea han desarrollado dicha regla. La normativa interna de uno de estos países faculta tanto al tribunal como al representante de la insolvencia para facilitar a un representante extranjero todo la información que pueda necesitar para el procedimiento extranjero y exige que el foro o el representante de la insolvencia del procedimiento interno den al representante extranjero la oportunidad de formular propuestas acerca del trato otorgable a los bienes en el procedimiento interno[145].

144. En los casos *Maxwell*, *Nakash* y *Matlack* los tribunales se valieron de un intermediario para comunicarse entre sí (véase la parte II, párrafo 3 *supra*). Cabría pactar tanto la información que se intercambiará como la manera de hacerlo (véase la parte II, párrafo 6 *supra*). Cabría también incorporar directrices, como pudieran ser las *Court-to-Court Guidelines* para facilitar las comunicaciones que se regirían por lo estipulado en el acuerdo transfronterizo respecto de la solución de controversias[146] (véase la parte II, párrafo 10 *supra*)[147].

ii) Audiencias conjuntas

145. Un medio para facilitar la coordinación de dos o más procedimientos consiste en celebrar vistas o conferencias conjuntas, siempre que proceda, para resolver toda cuestión conflictiva que surja. Dichas audiencias o conferencias conjuntas tienen la ventaja de habilitar a los tribunales para intervenir directa y oportunamente en la solución de toda cuestión conflictiva y compleja que vaya surgiendo en dos o más procedimientos que se estén siguiendo. Dan asimismo a las partes interesadas en cada procedimiento la oportunidad para efectuar consultas o pedir respuestas o aclaraciones. Dicha vía de comunicación directa dio resultado en un caso en el que

[143] *Financial Asset Management, Laidlaw, Pioneer, Systech.*
[144] *Calpine.*
[145] § 239 I y II de la ley austríaca de la insolvencia (*Konkursordnung*).
[146] Véase, por ejemplo, *Matlack.*
[147] Véase, por ejemplo, *Calpine*.

se abrieron procedimientos en los Estados Unidos y en Alemania y en el que el representante alemán de la insolvencia intervino en una audiencia en los Estados Unidos, testificando por teléfono[148]. Cuando se dispone de instalaciones para una videoconferencia, el hecho de que las partes se vean mutuamente puede facilitar su mutuo entendimiento.

146. Algunos pactos dejan que sean los tribunales los que concierten toda visita o conferencia conjunta que haya de celebrarse, limitándose a indicar que podrán celebrarse respecto de todo asunto concerniente a la administración de un procedimiento, la resolución de alguna cuestión o la disposición de la masa, o sobre cualquier aspecto del procedimiento respecto del cual los tribunales estimen que sería aconsejable o necesario facilitar la coordinación entre los procedimientos que se estén siguiendo[149]. Cabría también prever audiencias conjuntas respecto de alguna cuestión bien definida, como pudiera ser la disposición de los bienes.

147. En algunos acuerdos se indican las reglas de procedimiento que habrán de observarse durante las actuaciones conjuntas o durante las conferencias. Algunos acuerdos adoptan procedimientos similares al de la directriz 9 de las *Communications Guidelines*, mientras que otros acuerdos incorporan por remisión el texto de dichas directrices. Entre los procedimientos que cabría adoptar, cabe citar los siguientes[150]:

a) establecer un enlace telefónico o por vídeo para que un tribunal pueda seguir el procedimiento que se esté siguiendo ante el otro[151];

b) limitar la presentación de solicitudes o de documentos por cualquiera de las partes al tribunal ante el que dicha parte comparezca salvo autorización explícita en contrario del otro tribunal. Algunos pactos prevén que al estar programada alguna audiencia conjunta procederá que se faciliten al otro tribunal copias de cortesía de las solicitudes o documentos que se hayan presentado ante cada tribunal, y que toda solicitud de que se otorgue una medida cautelar en uno y otro foro deberá ser presentada ante los dos[152];

c) permitir que los jueces de los diversos foros que habrán de pronunciarse acerca de las solicitudes presentadas se comuniquen entre sí con anterioridad a la audiencia, estando o no presentes los abogados de las partes, para convenir en las directrices para una presentación ordenada de los documentos y para la emisión de toda decisión que hayan de pronunciar los tribunales, así como para resolver cualquier cuestión procesal o de otra índole que sea del caso[153]; y

d) permitir que los jueces de los diversos foros que hayan de conocer de alguna solicitud presentada se comuniquen entre sí a raíz de la audiencia, estando o no presentes los abogados de las partes, a fin de estudiar la posibilidad de emitir fallos compatibles en los dos procedimientos abiertos, concertando la motivación de dichos pronunciamientos y toda otra cuestión procesal que sea del caso.

---

148 Véase *Dornier Aviation [DANA],* se facilitará una referencia completa más adelante.
149 Véase, por ejemplo, *360Networks, Quebecor*.
150 Véase, por ejemplo, *Solv-Ex, Inverworld*.
151 Véase, por ejemplo, *Livent*.
152 Véase, por ejemplo, *Mosaic, Philip*.
153 Véase, por ejemplo, *PSINet*.

148. Cabe también que la actuación conjunta se organice en forma de un tribunal conjunto que presidirá las actuaciones conjuntas en la sede de uno u otro tribunal, con tal de que los acreedores y otras partes interesadas estén legitimadas para personarse y ser oídas tanto en la propia sala del juez que se haya desplazado a la sala del otro tribunal como en la sala del otro tribunal[154].

149. En vez de dejar que sean los tribunales los que lo determinen, algunos pactos definen las reglas para la práctica de la prueba en una audiencia conjunta y para la presentación de toda solicitud o documento por una parte que haya de comparecer en la audiencia conjunta[155].

150. Cuando el acuerdo transfronterizo ha previsto adecuadamente las actuaciones, las audiencias conjuntas suelen desarrollarse sin dificultades, pudiéndose citar ejemplos de conferencias telefónicas para coordinar el desarrollo de las actuaciones y audiencias conjuntas celebradas por videoconferencia para examinar la venta de los bienes en el marco de los diversos procedimientos que se estén siguiendo[156].

b) Comunicación entre las partes

i) Intercambio de información entre los representantes de la insolvencia

151. Para la coordinación de las diversas actuaciones tal vez no baste la comunicación entablada entre los foros competentes sino que sea también importante la comunicación entre los representantes de la insolvencia, a fin de facilitar el intercambio de información entre ellas y la coordinación de la labor emprendida por cada representante en el cumplimiento de su cometido. La práctica indica que el intercambio de información suele efectuarse a raíz de acuerdos tanto verbales como escritos[157].

152. El acuerdo podrá tratar del intercambio de información como tema aparte o en el marco de la obligación general de cooperar[158]. Cabe que el acuerdo haya pormenorizado el procedimiento a seguir indicando, por ejemplo, que el intercambio se ha de hacer con regularidad, a través de informes mensuales preparados por los representantes de la insolvencia que deberán transmitirse a las partes indicadas, o que se celebrarán consultas en reuniones o conferencias trimestrales[159]. El acuerdo podrá indicar si las reuniones serán personales o se celebrarán, por ejemplo, por vía telefónica, y cuál será el procedimiento a seguir[160]. Cabe también que se haya previsto la preparación conjunta de un plan de trabajo en el que se indiquen y se coordinen las medidas que habrán de adoptar los representantes de la insolvencia, como sería la de informarse mutuamente con regularidad acerca de sus actividades y de toda novedad respecto de la empresa deudora, o la de darse aviso de toda solicitud presentada ante el tribunal, enviándose, en algunos casos, el borrador de dichas solicitudes o copias de los documentos presentados en el curso del procedimiento o de todo otro documento importante[161], como pudieran ser los

---

154 Véase, por ejemplo, *Livent*.
155 Véase, por ejemplo, *Laidlaw, Loewen*.
156 Véase, por ejemplo, *Everfresh, Systech*.
157 Véase, por ejemplo, *United Pan Europe*.
158 Compárese *360Networks* y *Loewen with Manhatinv*.
159 Véase, por ejemplo, *Peregrine Investment*, *Commodore*.
160 Véase, por ejemplo, *Manhatinv*.
161 Véase, por ejemplo, *Peregrine Investment*, *Nakash*.

dictámenes periciales. El intercambio de información se vería facilitado por una exigencia de que los representantes deberán llevar un expediente claro de la administración de la masa de la insolvencia, anotando toda decisión importante[162], así como dejando constancia de toda disposición de los bienes e informando mensualmente de los gastos de la administración.

153. Los representantes de la insolvencia podrán convenir en celebrar consultas con sus homólogos extranjeros, ya sea a instancia del interesado o sobre ciertos asuntos, como pudiera ser la preparación y negociación de los planes de reorganización que hayan de presentarse en cada Estado[163]. En un acuerdo entre las partes en el procedimiento principal y en el secundario abiertos en dos Estados miembros de la Unión Europea se remitió al artículo 31 del Reglamento (CE) y se pidió que cada representante de la insolvencia facilitara al otro una lista de los bienes sitos en el territorio de su respectivo procedimiento con anterioridad a todo acto de disposición de los bienes. Se pidió también que el representante de la insolvencia del procedimiento principal presentara al representante del procedimiento secundario una propuesta de transferencia global de todos los bienes. El representante del procedimiento secundario se había de encargar de presentar la propuesta recibida, junto con su respuesta, al tribunal encargado del procedimiento secundario. Se pidió también a los representantes de la insolvencia que utilizaran un mismo proyecto de plan de reparto y una misma lista de los acreedores que hubieran percibido ya su cuota[164].

ii) Intercambio de información con otras partes

154. Además del intercambio de información entre los representantes de la insolvencia, el acuerdo transfronterizo puede ocuparse también del intercambio de información con otras partes, tales como los foros competentes y los acreedores o la junta de acreedores. Una cláusula al respecto obraría en aras de la seguridad y evitaría posibles conflictos. El acuerdo podrá requerir, por ejemplo, que la información intercambiada entre los representantes de la insolvencia, tal vez a través de un acuerdo mensual de sus actividades, sea también facilitada a los acreedores o a la junta de acreedores, así como a los tribunales[165]. Cabrá también intercambiar información adicional a petición de un representante de la insolvencia o de una junta de acreedores.

155. En aras de la transparencia de los procedimientos, algunos acuerdos prevén que toda información de la que se disponga en alguno de los foros deberá ser facilitada a los demás foros[166] o que todos los interesados en los procedimientos deberán tener igualdad de acceso a la información que se vaya dando a conocer en cualquiera de los procedimientos, así como a la información sobre el estado financiero, la situación jurídica y las actividades del deudor, la índole y la marcha de cualquier plan de reorganización y el estado actual de los procedimientos que se estén siguiendo ante cada uno de los foros. El intercambio de información pudiera verse también favorecido por ciertas medidas como pudiera ser la celebración

[162] Véase, por ejemplo, *Federal Mogul*, *Inverworld*.
[163] Véase, por ejemplo, *Peregrine Investment*, *Maxwell*.
[164] Véase *SENDO*.
[165] Véase, por ejemplo, *Inverworld*, *Commodore*.
[166] Véase, por ejemplo, *Calpine*, *Everfresh*.

mensual en uno de los foros de una conferencia acerca del estado de las actuaciones[167].

156. Un acuerdo puede prever también el intercambio de comunicaciones entre la gestión de la empresa deudora y los representantes de la insolvencia. Cabría prever, por ejemplo, que los representantes de la insolvencia y el personal de gestión de las empresas deudoras se consulten con regularidad sobre toda cuestión de índole estratégica indicándose los tipos de información que el personal de gestión deberá facilitar a los representantes de la insolvencia o dándoles acceso a los libros de contabilidad y a todo expediente que deseen consultar. Entre la información de posible interés cabe citar: las actas de las reuniones de la junta directiva de cada empresa deudora; los estados periódicos de la contabilidad; informes periódicos sobre la marcha de los demás procedimientos abiertos contra la empresa deudora; y copias de todos los estados fiscales[168].

iii) Avisos que se hayan de dar

a. Avisos requeridos

157. Dar todo aviso requerido a las partes interesadas constituye un factor esencial de una administración eficiente de todo procedimiento de insolvencia transfronteriza y una práctica fiable para la distribución de la información básica. La ley aplicable tal vez exija que se dé aviso no solo a las diversas partes sino también a ciertos interesados en los procedimientos de insolvencia. Si bien un acuerdo transfronterizo no puede ignorar los requisitos de la ley aplicable en materia de avisos, sí puede ampliar el alcance de algunos de esos requisitos (por ejemplo pidiendo que se dé aviso a otros interesados o que se faciliten más datos) o podrá aclarar la manera en que dichos requisitos serán aplicables a otros procedimientos y complementarlos, caso de ser necesario para tener en cuenta la relación existente entre los distintos procedimientos. Dichos acuerdos podrán precisar cuál será la parte obligada a dar aviso y quiénes son los destinatarios, cuándo habrá de darse aviso y cuál será el contenido de dicho aviso.

158. El acuerdo tal vez estipule una cláusula muy genérica en materia de avisos, remitiéndose a las prácticas aplicables con arreglo al régimen de la insolvencia de cada foro. Sin especificar las circunstancias exactas que justifiquen la obligación de dar aviso, el acuerdo podría limitarse a indicar que cuando haya de darse un aviso, la parte obligada a darlo deberá hacerlo por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley aplicable[169]. Cabría también estipular en el acuerdo que deberá darse aviso a toda parte que proceda y de toda actuación que proceda de conformidad con la práctica judicial aplicable en el foro competente[170].

159. El acuerdo tal vez limite los casos en los que habrá de darse aviso, excluyendo toda cuestión puramente formal o limitando el alcance de la obligación a los casos

---

[167] Véase, por ejemplo, *Solv-Ex*, *Inverworld*.

[168] Véase, por ejemplo, *Maxwell*, *Federal Mogul*; consúltese también en la Guía Legislativa de la CNUDMI lo concerniente a las obligaciones de la empresa deudora (segunda parte, III, párrs. 22 a 33 y recomendación 110).

[169] Véase, por ejemplo, *AIOC*.

[170] Véase, por ejemplo, *Livent*, *Solv-Ex*.

en los que se celebren audiencias conjuntas[171]. Tal vez se hayan previsto también las consecuencias de que no se haya dado aviso o que se excuse a una parte de la obligación de darlo si existe algún impedimento razonable que no le permita hacerlo[172], condicionándose dicha exención a que el aviso sea dado tan pronto como desaparezca el impedimento.

160. Cabría citar como asuntos en los que procedería exigir un aviso: toda solicitud de apertura de un procedimiento presentada por un representante de la insolvencia respecto de otra empresa del mismo grupo[173], o ciertos tipos de solicitudes o documentos presentados en uno o varios de los procedimientos; alguna audiencia u otra actuación exigible con arreglo a la ley del foro respecto del procedimiento que se esté siguiendo; toda solicitud de aprobación de los honorarios o de gastos de los representantes de la insolvencia y del personal profesional empleado; ciertas cuestiones concernientes al trato otorgable a los créditos en un plan de reorganización; ciertas órdenes o dictámenes del tribunal emitidos en el curso de las actuaciones; toda medida de investigación de los bienes sitos en otros foros; la solicitud de alguna medida cautelar; la solicitud de aprobación de una operación efectuada con bienes de la masa, que suponga utilización, venta, o arrendamiento de ciertos bienes de la masa o el depósito de fondos de la misma; así como toda operación de financiación posterior a la apertura de un procedimiento[174].

b. Partes obligadas a dar aviso

161. Algunos acuerdos indican cuáles serán las personas obligadas a dar aviso, por ejemplo, los representantes de la insolvencia de cada procedimiento, el deudor o la persona que haya de encargarse de dar aviso en el Estado donde se presenten ciertos documentos o se hayan de celebrar las actuaciones[175].

c. Destinatarios de los avisos

162. Se siguen diversos criterios para determinar quiénes han de ser los destinatarios de los avisos dados acerca de diversos aspectos de las actuaciones abiertas a raíz de una insolvencia transfronteriza. Algunos acuerdos limitan genéricamente el alcance de la obligación de dar aviso a las propias partes en el acuerdo, mientras que otros exigen que se dé aviso a ciertos destinatarios, entre los que suelen figurar el deudor, la junta de acreedores, cada uno de los acreedores, los representantes de la insolvencia y algunas otras personas nombradas para algún cometido por los tribunales o que estén legitimadas para recibir un aviso por la práctica del Estado donde se presenten los documentos o se lleven a cabo las actuaciones. Algunos acuerdos limitan el alcance de la obligación de dar aviso a la junta de acreedores o a cierto número de grandes acreedores, por ejemplo, los veinte más importantes. Cabrá también valerse de una lista llevada en uno de los procedimientos o exigirse que se dé el aviso a toda parte legitimada para recibirlo conforme a una orden dictada en uno u otro foro competente. En algunos acuerdos se dan ciertos datos para facilitar el aviso como pudiera ser el número de fax o la

[171] Véase, por ejemplo, *Federal Mogul*, *PSINet*.
[172] Véase, por ejemplo, *AIOC*.
[173] Véase, por ejemplo, el caso *Commodore*, en el que se incluyó una filial que actuaba como sociedad de cartera entre la empresa deudora y sus filiales o empresas asociadas: *Maxwell*.
[174] Véase, por ejemplo, *AgriBioTech*, *Matlack*.
[175] Véase, por ejemplo, *Inverworld*, *Mosaic*.

dirección completa de toda persona legitimada para recibir el aviso. En otros acuerdos además de darse una lista de los destinatarios se indica la obligación de los mismos para dar, a su vez, aviso con arreglo a las prácticas aplicables en cada uno de los tribunales[176].

163. Según otro acuerdo el representante de la insolvencia del procedimiento principal deberá dar aviso a cada uno de los acreedores reconocidos en otros foros, por correo individual ordinario, de toda formalidad exigible y sanción prevista por la ley del foro del procedimiento principal. Tal vez haya de darse aviso también a los acreedores cuyo crédito vaya a ser visto por un tribunal distinto del tribunal ante el cual dicho crédito fue presentado[177].

164. Cuando el representante de la insolvencia haya de obtener una aprobación judicial para investigar o recuperar bienes del deudor en determinado Estado, el acuerdo podrá exigir que dé aviso a los demás tribunales que intervengan en las actuaciones abiertas[178]. Algunos acuerdos prevén que si se solicita una orden judicial contraria a lo estipulado en el acuerdo, toda parte en el acuerdo deberá ser notificada[179].

d. Método para dar aviso

165. Algunos acuerdos se limitan a indicar que el aviso habrá de darse con arreglo a las prácticas del foro o por escrito. En otros acuerdos se enumeran los diversos métodos utilizables por las partes: correo, fax, correo electrónico o alguna otra vía electrónica o incluso por correo entregado a mano. Cabe también que se prevea la publicación de un anuncio, indicándose el momento y el lugar (por ejemplo, un periódico) en el que el deudor deberá hacerlo y el idioma en que deberá publicarse para que los acreedores se enteren, dondequiera que se encuentren y de conformidad con los requisitos de eficiencia y suficiencia que deberá reunir dicho anuncio[180].

166. Cabe que el acuerdo prevea los requisitos para la validez del aviso y el efecto de todo cambio de dirección del destinatario. En cierto acuerdo se estipuló que el aviso enviado sería válido pese al cambio de dirección, si dicho cambio no se notificó con la antelación requerida. De haberse previsto la entrega en mano, se habrá de notificar todo cambio de dirección con antelación a la fecha de entrega del aviso; en un supuesto de comunicación por fax, el cambio de dirección habría de ser notificado (con respuesta confirmatoria) antes de la transmisión. El acuerdo podrá también indicar cuál será la prueba confirmatoria de la entrega del aviso.

e. Aviso concerniente a la aplicación del acuerdo

167. En algunos acuerdos se exige que se dé aviso, por la vía indicada en el acuerdo, de ciertos hechos, como pudiera ser respecto de todo suplemento añadido o modificación introducida en el acuerdo, así como de su cancelación o sustitución[181].

---

[176] Véase, por ejemplo, *AIOC*, *Laidlaw*.

[177] Véase, por ejemplo, *Solv-Ex*.

[178] Véase, por ejemplo, *Nakash*.

[179] Véase, por ejemplo, *Everfresh*, *Solv-Ex*; las *CoCo Guidelines* disponen, entre otras cosas, que deberá darse aviso de toda audiencia u orden judicial a todo representante de la insolvencia que pueda verse afectado (directrices 17.1-3).

[180] Véase, por ejemplo, *Federal Mogul*, *Olympia & York*.

[181] Véase, por ejemplo, *Loewen*, *Mosaic*, *Pioneer*.

El acuerdo puede haber previsto que en el supuesto de que surja alguna controversia acerca de su aplicación, se debe dar aviso a los destinatarios indicados en su texto[182].

c) Confidencialidad de las comunicaciones

168. Gran parte de la información concerniente al deudor y a sus negocios que habrá de ser examinada y compartida en un procedimiento de insolvencia puede ser información comercialmente delicada, confidencial o resguardada por obligaciones frente a terceros (secretos comerciales, datos que sean fruto de la labor de investigación y desarrollo de una empresa o datos concernientes a su clientela). Por consiguiente, dicha información deberá ser utilizada con cautela, restringiéndose conforme proceda su divulgación a fin de que ningún tercero pueda sacar un provecho indebido de ella. La confidencialidad de la información pudiera ser una de las cuestiones abordadas en un acuerdo transfronterizo, particularmente si se tiene en cuenta que las obligaciones en materia de confidencialidad pueden variar de un Estado a otro[183].

169. La confidencialidad de ciertas comunicaciones no está prevista en todos los acuerdos[184]. Los acuerdos que han previsto la confidencialidad adoptan diversos enfoques como el de disponer, en general, que deberá respetarse la confidencialidad de ciertos datos intercambiados o la de que cabrá intercambiar información confidencial o privilegiada con tal de que se adopten medidas protectoras adecuadas; cabe que los representantes de la insolvencia pacten por escrito un compromiso de amparar toda información privilegiada; o que deba constar el consentimiento escrito de la parte interesada; o que se indique que deben darse a conocer ciertos datos confidenciales por mandato de la ley o del foro competente. Cabe que se convenga en intercambiar información a reserva de un pacto de que dicho intercambio no supondrá renuncia a ningún privilegio aplicable como el de la confidencialidad de los intercambios entre el abogado defensor y su cliente o el que ampare al fruto de la labor de investigación de la empresa[185].

170. Las obligaciones estipuladas en materia de confidencialidad tal vez sean también aplicables no solo a la información intercambiada sino a todo proceso entablado para la solución de controversias en el marco del acuerdo y a todo documento emanado de dicho proceso. Tal vez se estipule algún límite a la divulgación de información por alguno de los participantes en dicho proceso o que

---

[182] Véase, por ejemplo, *PSINet*, *Systech*.

[183] El principio 3D del *Concordat* se ocupa también de la confidencialidad; las directrices *Coco Guidelines* recomiendan que toda información reservada, pero de interés para el procedimiento, sea compartida entre los representantes de la insolvencia en la medida en que lo permita la ley aplicable y a reserva de que se adopten medidas apropiadas para amparar la confidencialidad de toda información que sea comercialmente delicada o pueda ser indebidamente explotada (directriz 7.5); que el deber de facilitar información conlleva el de facilitar toda copia que se solicite de un documento a un precio razonable (directriz 7.6). Las directrices también se ocupan del intercambio de comunicaciones entre representantes de la insolvencia (directriz 6.1 y 7.1-7), así como entre representantes de los procedimientos tanto principales como secundarios (directriz 8).

[184] Véase, por ejemplo, que *Maxwell* y *SENDO* no la han previsto.

[185] Véase, por ejemplo, *Commodore*, *Inverworld, Everfresh, Livent, Manhatinv, Federal Mogul*.

se estipule, por ejemplo, que el representante de la insolvencia no podrá exigir la divulgación de dicha información[186].

171. Las deliberaciones de la junta de acreedores pudieran estar también sujetas a lo pactado en materia de confidencialidad. Un acuerdo estipuló que la junta de acreedores podría ampararse en el mandato de uno de los foros que la eximía del pacto de confidencialidad aprobado en el otro procedimiento[187].

Cláusulas modelo

Comunicación entre los tribunales

31) Los tribunales del Estado A y del Estado B podrán comunicarse entre sí acerca de todo asunto relacionado con los procedimientos abiertos en el Estado A y en el Estado B y podrán celebrar de toda audiencia conjunta prevista por el presente acuerdo así como toda otra audiencia conjunta que sea requerida para la sustanciación de dichos procedimientos o para la determinación o disposición de alguna cuestión relativa a los mismos, con tal de que los dos foros estimen que dicha audiencia conjunta sea necesaria o aconsejable con miras a facilitar, en particular, la coordinación adecuada y eficiente de los procedimientos que se estén siguiendo en el Estado A y en el Estado B.

Comunicación entre las partes: intercambio de información entre los representantes de la insolvencia

32) Además de lo ya dispuesto en el presente acuerdo acerca del intercambio de información, los representantes de la insolvencia de los Estados A y B convienen en intercambiar sin límite alguno toda información concerniente a la empresa deudora, a sus cargos pasados o presentes y a su personal gerente, profesional y auxiliar, así como sobre su activo y su pasivo, que obre en posesión o esté bajo el control de cada uno de ellos y que puedan legítimamente compartir en el curso de las actuaciones abiertas. Los representantes de la insolvencia podrán además compartir información confidencial o privilegiada, pero sin estar obligados a hacerlo. Cada representante de la insolvencia deberá mantener al otro plenamente al corriente de sus actividades y de toda novedad importante concerniente a la empresa deudora que llegue a su conocimiento.

La emisión de una orden por la que se apruebe el presente acuerdo constituirá el reconocimiento por cada tribunal emisor, así como por cada representante de la insolvencia que sea parte en el acuerdo, y por el personal profesional y demás empleados o personal auxiliar a su servicio, de que están y seguirán estando sujetos a todo pacto de confidencialidad aplicable a la relación del abogado con su cliente o al fruto de la labor de investigación de la empresa, o en virtud de cualquier otro privilegio reconocido por la ley que sea aplicable al caso.

[186] Véase, por ejemplo, *Manhatinv*.
[187] Véase, por ejemplo, *Quebecor*.

Comunicación entre las partes: intercambio de información con otros interesados

33) Toda información tenida por divulgable, en uno de los dos foros, será divulgada en el otro foro. En la medida que lo permita la ley, toda información tenida por no divulgable será dada a conocer a los representantes oficiales de la empresa deudora, así como a la junta de acreedores y a toda otra junta nombrada en el curso de los procedimientos seguidos contra la empresa deudora, y a toda parte legítimamente interesada, como pudiera ser un prestamista posterior a la apertura del procedimiento, a reserva de que se respete todo pacto de confidencialidad que siga siendo exigible conforme a la ley aplicable.

Avisos que se habrán de dar

34) Todo aviso que deba darse de una solicitud o de un documento presentado en alguno de los dos procedimientos de insolvencia y todo aviso de alguna audiencia u otra actuación conexa ordenada por la ley del foro en relación con las actuaciones abiertas o con el presente acuerdo deberán ser dados por la vía que proceda (ya sea por correo, fax o alguna otra vía de comunicación electrónica) a las siguientes partes:

a) a todos los acreedores y demás interesados conforme a la práctica del foro al que se hayan presentado los documentos o ante el que tengan lugar las actuaciones; y

b) en la medida en que las partes mencionadas en el anterior apartado a) no sean destinatarias de un aviso, dicho aviso deberá darse a la junta de acreedores o a sus abogados defensores, a los representantes de la insolvencia y a toda otra parte que sea designada por uno u otro foro, cuando proceda hacerlo.

Todo aviso previsto en la presente cláusula deberá ser dado por la parte designada para dicho cometido por el foro ante el que se hayan presentado los documentos o ante el que tengan lugar las actuaciones. Además de dichos avisos, el deudor deberá facilitar al foro competente del Estado A o al del Estado B, previa petición del mismo, una copia de toda orden u otro documento de rango similar emitido por el otro tribunal en el curso de las actuaciones.

Confidencialidad de las comunicaciones

35) Los representantes de la insolvencia de los Estados A y B se comprometen a no facilitar a tercero alguno la información no divulgable que hayan recibido del otro representante concerniente a algún cargo pasado o presente de la empresa deudora o a su personal gerente o auxiliar, salvo que la comunicación de la información recibida:

a) haya sido convenida con la otra parte;

b) sea exigida por la ley aplicable; o

c) sea exigida por mandato de algún foro competente.

7. Eficacia, modificación, revisión y extinción de los acuerdos

a) Eficacia del acuerdo y condiciones necesarias para que la adquiera

172. Las partes que negocian un acuerdo desean poder hacerlo valer. Por esa razón, en algunos acuerdos se establece el procedimiento por el cual surtirán efecto, que generalmente entraña la aprobación previa de los tribunales de los diferentes foros. Puede exigirse la aprobación de determinado tribunal o de todos los tribunales actuantes y puede disponerse expresamente que el acuerdo no será vinculante, o no podrá ejecutarse legalmente, hasta que se haya obtenido la aprobación. Al aprobar un acuerdo, un tribunal también podrá indicar expresamente que este solo será vinculante para las partes cuando se haya obtenido la aprobación de los demás tribunales correspondientes[188]. En algunos acuerdos figuran otras exigencias, por ejemplo, que la decisión del tribunal de aprobar el acuerdo se comunique a todos los acreedores que hayan presentado créditos en el procedimiento de insolvencia abierto ante ese tribunal o a las partes que hayan suscrito el acuerdo[189].

173. En algunos ordenamientos internos, para que el acuerdo adquiera eficacia puede exigirse que el comité de acreedores lo apruebe y que se presente al tribunal copia del acuerdo y de la aprobación[190].

174. En la práctica, los tribunales competentes hasta el momento en general se han mostrado dispuestos a aprobar los acuerdos por considerar que estos representan el consenso a que han llegado las partes interesadas, incluidos los representantes de la insolvencia, que suelen ser nombrados por los propios tribunales. En general han confiado en el criterio profesional de los representantes de la insolvencia, ya que estos, en su calidad de juristas experimentados en materia de insolvencia, han redactado los acuerdos como solución pragmática para armonizar y coordinar procedimientos de insolvencia paralelos[191]. Por ejemplo, el tribunal inglés encargado del acuerdo en la causa de *Maxwell* dijo que le había llevado alrededor de 20 minutos leer y aprobar el acuerdo, ya que únicamente se había limitado a comprobar que no se hubiese deslizado en él ningún error obvio. En la causa de *Everfresh*, los tribunales competentes de los dos países aprobaron el acuerdo el mismo día en que se solicitó la aprobación.

175. Para decidir acerca de la aprobación de un acuerdo, los tribunales han tenido en cuenta algunos factores, entre ellos, la posible existencia de un conflicto con el principio de cortesía internacional y la adhesión al principio de igualdad de trato de los acreedores[192]. Se han asegurado de no aprobar ningún acuerdo que pudiera autorizar algo contrario a la ley o *ultra vires*. En un caso en que se habían abierto procedimientos de insolvencia paralelos el tribunal tuvo ante sí un plan de reorganización redactado por los representantes de la insolvencia del otro foro y únicamente lo

---

188 Véanse, por ejemplo, *Solv-Ex* y *Systech*.

189 Véanse, por ejemplo, *AIOC* y *Nakash*.

190 Con arreglo a las leyes alemanas, por ejemplo, el tribunal competente no podría declarar vinculante un acuerdo transfronterizo entre representantes de la insolvencia, ya que solo el comité de acreedores puede adoptar una decisión de esa índole; véase, por ejemplo, *ISA-Daisytek*.

191 Véase la nota 20 *supra*. El tribunal inglés encargado de la causa de *Maxwell* observó que "en general, si la opinión profesional del administrador es que determinado acto redundará en favor de los acreedores, el tribunal aceptará esa opinión".

192 *Ibid*.

aprobó con la condición de que se introdujeran modificaciones, argumentando que no podía aprobar un plan de reorganización que autorizara algo contrario a la ley o *ultra vires*, ya que el plan habría servido para exonerar de toda responsabilidad a los directores de cualquier empresa del grupo deudor por el incumplimiento de sus obligaciones para con su empresa[193]. A efectos de facilitar la aprobación y de evitar una posible impugnación, puede admitirse que los acreedores planteen objeciones respecto del contenido o la formulación del acuerdo, objeciones estas que el tribunal tendría en cuenta para adoptar la decisión de aprobarlo o no.

176. Además de exigirse la aprobación de los tribunales, el acuerdo puede autorizar a las partes a adoptar las medidas y redactar los documentos necesarios y apropiados para su ejecución efectiva, o las partes pueden convenir expresamente en que harán todo lo que sea necesario para dar pleno efecto a los términos y condiciones del acuerdo[194].

b) Modificación, revisión y extinción de un acuerdo

177. Para adaptarse a nuevas circunstancias, muchas veces se incorporan disposiciones relativas a posibles modificaciones. Por lo general, en los acuerdos que han de ser aprobados por los tribunales se estipula que el acuerdo no puede complementarse, modificarse ni sustituirse de ninguna manera, salvo con la previa aprobación de los respectivos tribunales competentes, tras haber dado aviso a las partes interesadas y celebrado vistas a esos efectos. A veces se exige, además de la aprobación de los tribunales, el consentimiento de las partes por escrito. Las partes, que pueden mencionarse expresamente, pueden ser el deudor, los representantes de la insolvencia, determinados acreedores o el comité de acreedores[195].

178. No todas las modificaciones han de ser aprobadas por los tribunales; la aprobación no sería necesaria, por ejemplo, en los siguientes casos: a) cuando se añada entre las partes a una o más empresas del grupo deudor, independientemente del país en que esté establecida, en relación con la cual o con las cuales se haya abierto un procedimiento de insolvencia en cualquier Estado; b) cuando se excluya de las partes a cualquier empresa deudora que haya dejado o esté por dejar de ser miembro del grupo deudor, o que haya dejado o esté por dejar de ser objeto de un procedimiento de insolvencia en cualquier Estado; c) cuando se sustituya, se añada o se suprima un representante de la insolvencia, o d) cuando se trate de una combinación de los ejemplos anteriores. En algunos acuerdos se prevé una salvaguardia en el sentido de que ninguna modificación que se introduzca podrá menoscabar, con carácter retroactivo, ningún derecho de indemnización, inmunidad ni otra clase de protección prevista en el acuerdo.

179. En algunos acuerdos se especifica quién está facultado para modificarlo o rescindirlo, el momento de hacerlo y las consecuencias. Por ejemplo, en un acuerdo se disponía expresamente que toda parte interesada podía solicitar en cualquier momento a cualquiera de los dos tribunales la modificación o la rescisión del acuerdo. En todo acuerdo en que se exija el consentimiento de las partes para que

---

[193] Véase Re *APB Holdings Ltd*., High Court of Justice of Northern Ireland, Chancery Division [1991], N.I. 17.

[194] Véanse, por ejemplo, *Inverworld* y *Nakash*.

[195] Véanse, por ejemplo, *Solv-Ex* y *Quebecor*.

surta efecto también se exigirá su consentimiento para modificarlo. Toda modificación que se introduzca anularía e invalidaría la versión anterior del acuerdo.

180. Si bien no siempre se incluye una disposición sobre rescisión o extinción, la cuestión se menciona en el contexto de la modificación del acuerdo, o bien se hace referencia concretamente al momento en que este expiraría, que puede ser, en relación con cualquiera de los deudores de un país, a) cuando el representante de la insolvencia dé aviso por escrito a las demás partes de que ha expirado; b) cuando la administración dé aviso por escrito a las partes de que ha expirado, o c) en relación con los deudores afectados por un plan de reorganización, cuando ese plan adquiera eficacia con arreglo a la ley aplicable.

Cláusulas modelo

Eficacia del acuerdo y condiciones necesarias para que la adquiera

36 A) El presente acuerdo únicamente surtirá efecto una vez que sea aprobado por los tribunales del Estado A y el Estado B.

36 B) Con arreglo a las leyes del Estado A, la eficacia del presente acuerdo está supeditada a la aprobación de los acreedores del deudor. El representante de la insolvencia del Estado A convocará una reunión de acreedores en el Estado A lo antes posible y emprenderá todos los esfuerzos que sean razonables para obtener la aprobación del presente acuerdo por parte de los acreedores.

El representante de la insolvencia del Estado A informará de los términos y condiciones del presente acuerdo al tribunal del Estado A dentro de un plazo de […] días contados a partir de la fecha de la reunión de acreedores mencionada en el párrafo anterior y al tribunal del Estado B dentro de un plazo de […] días contados a partir de esa misma fecha.

Modificación, revisión y extinción

37) El presente acuerdo no podrá complementarse, modificarse, rescindirse ni sustituirse de ninguna forma, salvo con previo acuerdo por escrito de las partes y previa aprobación de los tribunales del Estado A y el Estado B. Todo procedimiento legal encaminado a complementar, modificar, rescindir o sustituir el presente acuerdo deberá notificarse de conformidad con lo dispuesto en el párrafo x *supra* [*párrafo relativo a la notificación*].

8. Costas y otros gastos

181. En el curso de la administración del procedimiento de insolvencia puede incurrirse en gastos relacionados con la investigación de los bienes del deudor, la remuneración del representante de la insolvencia y el procedimiento en sí (por ejemplo, las costas judiciales). Para garantizar una administración eficiente del procedimiento, en muchos acuerdos se aborda la cuestión de las costas y demás gastos que pueden contraerse y, por lo menos en algunos casos, la remuneración de los representantes de la insolvencia [*Solv-Ex*]. En general, se aplica el principio de

que las obligaciones contraídas por los representantes de la insolvencia deben sufragarse con cargo a la respectiva masa[196].

182. En los acuerdos se suele abordar la cuestión de las costas y demás gastos que han de sufragarse, la manera en que deberán sufragarse y el tribunal competente en la materia. En algunos se dispone, por ejemplo, que la remuneración de los profesionales contratados por el deudor, o incluso por los acreedores garantizados o los prestamistas que concedan crédito tras la apertura del procedimiento, incluidos los asesores financieros o de otra índole de las actividades llevadas a cabo en un Estado o en relación con el procedimiento de la insolvencia iniciado en él, estará regulada pura y exclusivamente por el tribunal de ese Estado; no se exige la aprobación de otro tribunal. Por lo general, esa disposición regirá con respecto a cada Estado participante en el acuerdo transfronterizo y puede exigir que las partes interesadas soliciten a los tribunales que consideren si sería o no más apropiado distribuir los gastos de otra manera teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias del caso. De modo análogo, las remuneraciones y demás gastos ordinarios y de otra índole de los representantes de la insolvencia y los profesionales que contraten por lo general se sufragarán con cargo a los bienes de la masa que estén situados en el Estado en que hayan sido nombrados[197]. También puede estipularse un procedimiento detallado de contabilidad que prevea el intercambio de estados de cuentas mensuales entre los representantes de la insolvencia y el carácter confidencial de esa información.

183. Cuando un acuerdo abarque procedimientos de insolvencia principales y no principales, podría abordarse la manera en que se repartirían los gastos entre los diversos procedimientos[198]. En un acuerdo, por ejemplo, las costas judiciales del procedimiento no principal habían de ser sufragadas con cargo a los bienes del deudor como gastos de administración del procedimiento principal, si bien dentro de ciertos límites y con arreglo a la ley aplicable en lo que respecta a los gastos que podrían incluirse, por ejemplo, los relativos a la verificación de los créditos presentados, el establecimiento de declaraciones de los salarios adeudados y la recuperación de bienes de resultas de acciones entabladas o solicitadas por los representantes de la insolvencia. Además, en el acuerdo se mencionaba concretamente la cuantía que recibirían los representantes de la insolvencia del procedimiento no principal como gastos de administración del procedimiento principal y se determinaba qué tribunal tendría competencia para determinar las remuneraciones.

---

[196] Véase, por ejemplo, *Manhatinv*; véanse también los Principios del Régimen Europeo de la Insolvencia de 2003, formulados por el Grupo de Trabajo Internacional sobre el Régimen Europeo de la Insolvencia, que son comunes a muchos regímenes nacionales en la materia (Principio 5.1); en las *CoCo Guidelines* se recomienda que las obligaciones contraídas por el representante de la insolvencia durante el procedimiento y la remuneración del representante de la insolvencia se sufraguen con cargo a los bienes administrados en el procedimiento para el que haya sido nombrado (directriz 11.1).

[197] Véanse, por ejemplo, *Mosaic* y *Systech*.

[198] Véase, por ejemplo, SENDO; en las *CoCo Guidelines* se recomienda que las obligaciones contraídas por el representante de la insolvencia y su remuneración en relación con el procedimiento principal antes de la apertura del procedimiento no principal, pero concernientes a los bienes que se incluirán en la masa, en principio deberán sufragarse con cargo a la masa correspondiente al procedimiento no principal (directriz 11.2).

184. En algunos acuerdos figura una disposición relativa a la declaración de gastos y remuneraciones por la que se exige que las retribuciones recibidas en el curso de un procedimiento sean declaradas en los otros procedimientos con objeto de garantizar transparencia y la confianza entre los tribunales de los diversos países con respecto a la remuneración de los profesionales. En un caso en que no existía un acuerdo por escrito, un tribunal aprobó las remuneraciones de los profesionales contratados en el procedimiento extranjero y, a su vez, el representante extranjero participó en la determinación de las remuneraciones de los profesionales contratados en el procedimiento abierto en el país.

Cláusula modelo

Costas y otros gastos

38) Los representantes de la insolvencia del Estado A y el Estado B deciden de común acuerdo que su respectiva remuneración, las costas y los gastos ordinarios incurridos en el curso del procedimiento (entre ellos, la remuneración de los profesionales y demás personas que contraten y los gastos generados por la prestación de asistencia recíproca) se sufraguen, en primera instancia, con cargo a los fondos que administre cada uno de ellos en el Estado A o el Estado B, respectivamente. Nada de lo dispuesto en el presente acuerdo impedirá que los representantes de la insolvencia se transfieran fondos uno a otro para sufragar las remuneraciones aprobadas por el tribunal competente, las costas y los gastos ordinarios de administración, o con fines de distribución, si, conforme a la opinión razonable de cualquiera de los dos, eso fuera compatible con los objetivos del presente acuerdo.

9. Salvaguardias

185. Los términos y condiciones de un acuerdo no deben dar lugar a la contravención de ninguna ley del foro ni vulnerar los derechos de las partes interesadas. En consecuencia, un acuerdo puede contener una variedad de salvaguardias, es decir, disposiciones encaminadas a amparar determinada condición, que puede estar relacionada con derechos, principios o hechos. Normalmente las salvaguardias tienen por objeto proteger los derechos y la competencia jurisdiccional, exonerar de responsabilidad o limitar esta y garantizar las facultades de las partes para concertar el acuerdo. Esto último es particularmente importante, ya que cada una de las partes desea estar segura de que la otra esté debidamente habilitada y de que se acatará la ley aplicable. Como se observó anteriormente (véase el párrafo 46 *supra*), en algunos acuerdos figura una oración al final de una disposición en el sentido de que, sin perjuicio de lo que antecede, no deberá interpretarse que esa disposición tiene determinado efecto. En otros acuerdos figuran salvaguardias más generales[199].

[199] En las *Court-to-Court Guidelines* se dispone que estas no afectarán a ninguna facultad, orden ni determinación sustantiva en relación con ningún asunto controvertido que tenga ante sí el tribunal u otro tribunal, ni a la renuncia que haga una parte de sus derechos o acciones (directriz 17).

a) Protección de derechos y de la competencia jurisdiccional

186. Se puede estipular que ninguno de los términos y condiciones del acuerdo, ni las medidas adoptadas con arreglo a ellos, podrán lesionar ni menoscabar las facultades, derechos, acciones ni recursos de que dispongan los deudores respecto de su patrimonio, los representantes de la insolvencia, los acreedores a título individual ni los accionistas con arreglo a la ley aplicable, ni excluir o socavar la facultad de ninguna persona para defender o hacer valer sus derechos sustantivos contra cualquier otra persona con arreglo a la ley aplicable[200].

187. Un acuerdo puede contener disposiciones sobre la protección de la competencia jurisdiccional, por ejemplo, en el sentido de que nada de lo pactado en el acuerdo tiene por objeto lesionar, socavar, limitar, extender ni ampliar la competencia de los tribunales actuantes, ya que, sin perjuicio de los principios de cooperación y coordinación judiciales, cada tribunal debe estar facultado en todo momento para ejercer su competencia y su autoridad en forma independiente con respecto a los asuntos que se le presenten y a la manera de tratar a las partes que comparezcan ante él[201].

188. También se pueden dar ejemplos de lo que no se debe interpretar que el acuerdo hace, por ejemplo, exigir al deudor, al comité de acreedores o al representante de la insolvencia que no cumpla las obligaciones que le imponen las leyes del foro, entre otras cosas, la obligación del deudor de pagar determinada remuneración al representante de la insolvencia conforme a la ley aplicable; autorizar una medida que deba ser aprobada específicamente por un tribunal o por ambos tribunales; impedir que un acreedor u otra parte interesada defienda sus derechos sustantivos con arreglo a la ley aplicable, entre ellos, y sin que esto constituya limitación alguna, el derecho de apelar de las decisiones adoptadas por uno de los tribunales competentes o por todos ellos, o menoscabar o limitar los derechos de los deudores o de las demás partes a defender la aplicabilidad u otros aspectos de las paralizaciones decretadas en los diferentes procedimientos en relación con cualquier procedimiento, bien o actividad en particular, dondequiera que tenga lugar o esté radicado[202].

b) Limitación de la responsabilidad

189. Se puede disponer que, sin perjuicio de la cooperación que pueda establecerse entre las diversas partes, ni los representantes de la insolvencia ni los profesionales que contraten, ni sus empleados, agentes o representantes, serán responsables de los actos que lleven a cabo sus homólogos de otros Estados ni de los resultados de esos actos. En algunos acuerdos también se dispone que la exención de los efectos de la paralización automática con determinado fin, por ejemplo, para que el representante de la insolvencia pueda investigar los bienes del deudor, no debe interpretarse como aprobación de las medidas concretas que pueda adoptar el representante de la insolvencia con ese fin. Además, las partes pueden convenir en incluir a otras

---

[200] Véanse, por ejemplo, *360Networks*, *Loewen* y *Philip*.
[201] Véanse, por ejemplo, *Laidlaw* y *Commodore*.
[202] Véanse, por ejemplo, *Livent* y *Systech*.

personas en ese tipo de cláusula, por ejemplo, un mediador, si en el proceso de solución de controversias se prevé la mediación[203].

c) Garantías

190. Algunos acuerdos contienen una disposición en el sentido de que cada una de las partes declara y garantiza a la otra que está habilitada y autorizada para ejecutar, observar y cumplir el acuerdo, si bien tal vez no se necesite una disposición de esa índole en los casos en que el tribunal ha de aprobarlo[204].

Cláusulas modelo

Protección de derechos

39) Ni los términos y condiciones del presente acuerdo ni las medidas adoptadas con arreglo a estos podrán lesionar ni menoscabar las facultades, derechos, acciones ni recursos de que dispongan los deudores respecto de su patrimonio, el comité de acreedores, los representantes de la insolvencia ni ninguno de los acreedores del deudor a título individual con arreglo a la ley aplicable, incluidas las leyes relativas a la insolvencia del Estado A y el Estado B y las sentencias de los tribunales de esos Estados.

Protección de la competencia jurisdiccional

40) Nada de lo dispuesto en el presente acuerdo podrá ampliar, restringir ni lesionar de ninguna forma la independencia, la soberanía o la competencia de ninguno de los tribunales pertinentes, ni de ningún otro tribunal del Estado A, el Estado B o [...], lo que comprende, sin que esto constituya limitación alguna, la facultad de que gozan los tribunales pertinentes u otros tribunales, con arreglo a la ley aplicable, para otorgar medidas cautelares apropiadas.

Limitación de responsabilidad

41) El representante de la insolvencia del Estado A reconoce que a) el representante de la insolvencia del Estado B actúa como representante de la insolvencia del deudor de conformidad con la ley aplicable del Estado B y exonerado de toda responsabilidad personal, y que se excluye expresamente toda responsabilidad personal de su parte, ya sea en virtud del presente acuerdo o de otra forma, y b) ni él ni el deudor tienen reclamación alguna que hacer contra el representante de la insolvencia del Estado B que no sea en virtud del presente acuerdo.

[*Repítase con respecto al representante de la insolvencia del Estado B*.]

[203] Véase, por ejemplo, *Manhatinv*.
[204] Véanse, por ejemplo, *Everfresh* e *Inverworld*.

Garantías

42) Cada una de las partes declara y garantiza a la otra que las medidas que ha adoptado para la ejecución, observancia y cumplimiento del presente acuerdo están en consonancia con sus facultades y cometidos y han sido debidamente autorizadas por ella o aprobadas por el tribunal, según proceda.

Anexo

Resúmenes de los casos a que se hace referencia en la Parte III.B

1. *AgriBioTech Canada Inc.* (2000)[205]

En la causa de *AgriBioTech Canada Inc.* se iniciaron procedimientos de insolvencia paralelos en el Canadá y los Estados Unidos con respecto a la sucursal de una de las mayores empresas productoras de semillas forrajeras y de césped de ese último país. Un aspecto fundamental del protocolo fue la coordinación de las ventas de los bienes del deudor, que estaban supeditadas a la aprobación de los dos tribunales. El producto de esas ventas se depositaría en una cuenta separada que controlaría el tribunal canadiense. En el protocolo se preveía la realización de vistas conjuntas utilizando métodos modernos de telecomunicaciones y el derecho de los tribunales a examinar las cuestiones conexas con carácter confidencial. Los acreedores podían comparecer ante cualquiera de los dos tribunales y, en consecuencia, quedarían sometidos a la jurisdicción del foro respectivo. El deudor estuvo de acuerdo en presentar planes de reorganización esencialmente análogos en los dos tribunales, planes estos que los acreedores podrían aceptar o rechazar conjuntamente. Se designó al tribunal canadiense para que examinara los créditos de los acreedores con arreglo a las leyes canadienses, si bien la validez de esos créditos se determinaría de conformidad con la ley que regulara la obligación determinante. El protocolo también contenía una disposición sobre la impugnación de operaciones.

2. *AIOC Corporation* y *AIOC Resources AG* (1998)[206]

En la causa de *AIOC Corporation* se concertó un protocolo de liquidación entre los Estados Unidos y Suiza. Las dificultades del caso radicaban no solo en las diferencias entre los regímenes de la insolvencia de los dos países, sino también en la imposibilidad de que los representantes de la insolvencia de los Estados Unidos y Suiza renunciaran a su propio cometido legal de administrar las respectivas liquidaciones. Las partes consintieron en concertar un protocolo que permitiera la liquidación conjunta de los recursos de un modo que fuera compatible con los regímenes de la insolvencia de los dos países. La gestión de los procedimientos de liquidación en el marco del protocolo constituye uno de los rasgos distintivos de este caso. El protocolo estaba inspirado en el Concordato, si bien en general se centraba en la canalización adecuada de los recursos, especialmente en los procedimientos encaminados a administrar la compensación de los créditos.

---

[205] Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 31-OR-371448 (16 de junio de 2000), y United States Bankruptcy Court for the District of Nevada, Caso Nº 500-10534 LBR (28 de junio de 2000) (versión oficiosa).

[206] United States Bankruptcy Court for the Southern District Court of New York, Casos Nº 96 B 41895 y Nº 96 B 41896 (3 de abril de 1998).

3. *Akai Holdings Limited* y *Kong Wah Limited* (2004)[207]

Las causas de *Akai Holdings Limited* y *Kong Wah Limited* eran idénticas y abarcaban procedimientos de insolvencia paralelos iniciados en la Región Administrativa Especial (RAE) de Hong Kong (China) y las Bermudas. Se concertaron protocolos con objeto de lograr que los dos procedimientos de liquidación se administraran simultáneamente desde Hong Kong, donde las empresas deudoras tenían su establecimiento principal, si bien se reconocía que el procedimiento de las Bermudas era el "procedimiento principal". Los protocolos estaban redactados de modo de tener en cuenta las disposiciones pertinentes de los regímenes de la insolvencia de la RAE de Hong Kong y de las Bermudas y de habilitar a los representantes de la insolvencia para que administraran los procedimientos de liquidación de la manera que resultara más económica. En consecuencia, los acreedores podrían presentar sus créditos en cualquiera de los dos países. Al aprobar los protocolos, el tribunal de la RAE de Hong Kong observó que, al no haber legislación que regulara las cuestiones relacionadas con la insolvencia transfronteriza, los protocolos propuestos parecían ser la mejor manera de proteger los intereses de los acreedores. Al igual que en los protocolos de las causas de *Peregrine* y *Greater Beijing*, se nombraban a las mismas personas representantes de la insolvencia de cada una de las empresas en los dos países.

4. *Calpine Corporation* (2007)[208]

Calpine Corporation, sociedad de Delaware, es la empresa matriz suprema de una empresa multinacional que opera por conducto de diversas sucursales y filiales de los Estados Unidos, el Canadá y otros países. Se iniciaron procedimientos de reorganización con respecto a distintas empresas en los Estados Unidos y el Canadá. Se elaboró un protocolo que tenía por objeto, entre otras cosas, coordinar y armonizar los dos procedimientos. Anteriormente se había concertado un memorando de entendimiento encaminado a resolver demandas entre las empresas, memorando este que posteriormente se incorporó al protocolo. Además, el protocolo contenía una disposición por la que se exigía a los deudores de los dos procedimientos que negociaran un protocolo especial con objeto de abordar las demandas presentadas por cada uno de ellos (y sus respectivos acreedores) en la causa del otro. Los objetivos enunciados en el protocolo eran evitar la duplicación de actividades, respetar la soberanía de los tribunales competentes y facilitar la administración equitativa, transparente y eficiente del procedimiento de insolvencia. Con esos fines, se preveía la cooperación entre los tribunales, por ejemplo, en cuanto a la adopción de decisiones conjuntas sobre problemas jurisdiccionales y controversias que surgieran en relación con el protocolo, vistas conjuntas, avisos y reconocimiento mutuo de la paralización de las actuaciones. El protocolo se remitía a las *Court-to-Court Guidelines*.

---

[207] High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Casos HCCW Nº 49/2000 y HCCW Nº 50/2000 (6 de febrero de 2004), y Supreme Court of Bermuda.

[208] United States Bankruptcy for the Southern District of New York, Caso Nº 05-60200 (9 de abril de 2007), y Court of Queens Bench of Alberta (Canadá), Caso Nº 0501-17864 (7 de abril de 2007).

5. *Commodore Business Machines* (1994)[209]

En la causa de *Commodore Business Machines* se habían iniciado procedimientos de insolvencia en las Bahamas y los Estados Unidos. El protocolo fue concertado por los representantes de la insolvencia de las Bahamas y el comité de acreedores. Su finalidad principal era que el procedimiento involuntario iniciado conforme al Capítulo 7 del Código de la Quiebra de los Estados Unidos por solicitud de algunos acreedores pasara a ser un procedimiento regulado por el Capítulo 11 en los Estados Unidos y resolver el litigio previsto. Las partes pactaron en el protocolo que los representantes de la insolvencia de las Bahamas cumplirían las funciones que solía desempeñar un deudor en posesión de sus bienes con arreglo al Capítulo 11. Otros propósitos del protocolo eran facilitar la liquidación de los bienes en los dos países y evitar que los tribunales competentes adoptaran decisiones conflictivas. En consecuencia, se nombró a los representantes de la insolvencia de las Bahamas deudores en posesión en el procedimiento de los Estados Unidos. El protocolo regulaba la presentación de los créditos, la contratación y remuneración de los representantes de la insolvencia, contadores y abogados y las obligaciones de los representantes de la insolvencia en lo que respecta a informar a los dos tribunales y al comité de acreedores, administrar fondos, vender bienes, prestar o pedir prestado dinero y entablar procedimientos judiciales.

6. *EMTEC* (2006/2007)[210]

En la causa de *EMTEC* había un grupo interrelacionado en una estructura piramidal clásica integrada por una sociedad de cartera establecida en los Países Bajos a la que estaban subordinadas tres empresas francesas y una alemana que, a su vez, poseían capital accionario de otras empresas situadas en la Unión Europea o en Asia. Se iniciaron procedimientos de insolvencia en Francia en relación con todas las empresas del grupo, incluidas las que tenían oficinas registradas en el extranjero. En Alemania se abrieron procedimientos de insolvencia secundarios por solicitud del representante de la insolvencia del procedimiento de Francia. Posteriormente, los dos representantes de la insolvencia concertaron un acuerdo con objeto de establecer condiciones prácticas para la distribución de los bienes entre los acreedores y de organizar la cooperación entre los representantes de la insolvencia, en particular el intercambio de información con respecto a la verificación de los créditos y la distribución de los bienes. En el acuerdo se preveía que el representante de la insolvencia del procedimiento principal transfiriera una determinada cuantía de fondos al representante de la insolvencia del procedimiento secundario y que este último distribuyera esos fondos a los acreedores sin discriminar entre los acreedores de los diferentes procedimientos. El representante de la insolvencia del procedimiento secundario estuvo de acuerdo en evitar que se pagara dos veces a los acreedores que habían presentado créditos en los dos procedimientos. También se convino en que los créditos que fueran admitidos en los dos procedimientos se pagarían en el marco del procedimiento en que los acreedores recibieran la cantidad mayor. El representante de la insolvencia del procedimiento

[209] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York y Supreme Court of the Commonwealth of the Bahamas (1994).

[210] Tribunal Comercial de Nanterre (Francia) y Tribunal de la Insolvencia de Mannheim (Alemania).

secundario convino en informar por escrito al representante de la insolvencia del procedimiento principal antes de proceder a la distribución. Además, se dispuso que el acuerdo se rigiera exclusivamente por las leyes francesas y que el tribunal francés tuviera competencia exclusiva para dirimir toda controversia concerniente al acuerdo.

7. *Everfresh Beverages Inc.* (diciembre de 1995)[211]

El primer protocolo elaborado tras la redacción del Concordato fue concertado (e inspirado en los principios del Concordato) en una causa que concernía a los Estados Unidos y el Canadá, la de *Everfresh Beverages Inc.*, empresa estadounidense con operaciones en el Canadá que solicitó la apertura de procedimientos de reorganización en los dos países al mismo tiempo. El protocolo abordaba expresamente una amplia variedad de cuestiones relacionadas con la insolvencia transfronteriza, entre ellas la elección de la ley aplicable, la determinación del foro competente, la conciliación de los créditos y la facultad de impugnar actos nocivos para la masa. Por ejemplo, se reconoció expresamente el derecho de todo acreedor a presentar sus créditos en cada uno de los procedimientos abiertos. El protocolo se atuvo a muchos de los principios enunciados en el Concordato, partiendo del principio 4, que aborda la situación en que no se haya abierto un procedimiento principal, sino solamente dos procedimientos paralelos en diferentes países. El protocolo se concertó aproximadamente un mes después de la apertura de los procedimientos y se utilizó para celebrar la primera vista conjunta transfronteriza, encaminada a coordinar los procedimientos.

8. *Federal-Mogul Global Inc.* (2001)[212]

Se trataba de procedimientos de reorganización del grupo *Federal-Mogul Global Inc.*, proveedor importante de componentes de automóviles, entablados en los Estados Unidos y en Gran Bretaña. El protocolo, en el que debían abordarse demandas pendientes por contaminación con amianto contra las sucursales inglesas, tenía por objeto lograr la administración ordenada y eficiente de los procedimientos de insolvencia, la coordinación de las actividades y la aplicación de un marco de principios generales. Las funciones de preparar un plan de reorganización y de tramitar las demandas relacionadas con el amianto y las reclamaciones ante las compañías de seguros se encomendaban a los deudores en posesión de los Estados Unidos. La adquisición, la venta y el gravamen de los bienes estaban supeditados a la aprobación previa de los representantes de la insolvencia, al igual que la mayoría de las demás actividades ajenas al curso ordinario de los negocios. Además, el protocolo abordaba los procedimientos de comunicación entre los deudores y los representantes de la insolvencia, cuestiones de confidencialidad, el derecho a comparecer ante los respectivos tribunales, el reconocimiento mutuo de las paralizaciones de las actuaciones y la contratación y remuneración de los representantes de la insolvencia y demás profesionales.

---

[211] Ontario Court of Justicie, Toronto (Canadá), Caso Nº 32-077978 (20 de diciembre de 1995), y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 95 B 45405 (20 de diciembre de 1995).

[212] United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Caso Nº 01-10578 (SLR), y High Court of England and Wales, Chancery Division in London (2001).

9. *Financial Asset Management Foundation* (2001)[213]

En la causa de *Financial Asset Management (FAM) Foundation* se abrieron procedimientos de insolvencia con respecto a un fideicomiso en el Canadá y los Estados Unidos. El deudor, los representantes de la insolvencia y el acreedor principal concertaron un protocolo. Cada uno de los tribunales convino en inhibirse, en general, en favor del otro, siempre y cuando fuese "apropiado y factible". En el protocolo se indicaba el procedimiento que había de aplicarse para las vistas conjuntas y la comparecencia ante cualquiera de los dos tribunales. También se confirmaba el carácter ejecutorio de un fallo obtenido previamente por el acreedor principal contra el deudor ante un tribunal de California. Además, se establecía la obligación de los tribunales de determinar ciertas cuestiones, por ejemplo, la del tribunal estadounidense de determinar si *FAM* había infringido o no una orden contenida en el fallo mencionado.

10. *Greater Beijing First Expressways Limited* (2003) (*GBFE*)[214]

La causa de *Greater Beijing First Expressways* comprendía procedimientos de insolvencia abiertos en las Islas Vírgenes Británicas y la RAE de Hong Kong concernientes a la liquidación de una empresa de peajes de autopistas. El caso es muy parecido al de *Peregrine*, ya que el procedimiento de las Islas Vírgenes Británicas se inició principalmente para prestar apoyo al procedimiento de la RAE de Hong Kong y evitar conflictos jurisdiccionales y la disipación de los bienes. Al igual que en *Peregrine*, en ambos procedimientos se nombraron representantes de la insolvencia a los mismos profesionales con objeto de coordinar las actividades, facilitar el intercambio de información y determinar, conservar y obtener el máximo valor posible de los bienes del deudor y hacerlo efectivo. Las funciones estaban repartidas entre los dos procedimientos; por ejemplo, los representantes de la RAE de Hong Kong se encargaban de las actividades diarias y del reconocimiento de los créditos y los representantes de las Islas Vírgenes Británicas de la realización de los bienes. Además, el protocolo regulaba la presentación de créditos, la moneda en que se efectuarían los pagos, la remuneración de los representantes y los avisos y formalidades relativos a la prueba de la validez de los créditos, el rechazo de esta y la elección del foro.

11. *Inverworld* (1999)[215]

La causa de *Inverworld* concernía a los Estados Unidos, el Reino Unido y las Islas Caimán. Se trataba de una situación complicada en la que se había solicitado la apertura de procedimientos de insolvencia respecto de la empresa deudora y de varias sucursales en los tres Estados. Para evitar conflictos, diversas partes interesadas concertaron protocolos que fueron aprobados por los tribunales competentes de los tres países. En los protocolos se preveía el sobreseimiento de las actuaciones en el Reino Unido, siempre y cuando se cumplieran ciertas condiciones

---

[213] United States Bankruptcy Court for the Southern District of California, Caso Nº 01-03640-304, y Supreme Court of British Columbia (Canadá), Caso Nº 11-213464/VA.01 (2001).

[214] High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, HCCW Nº 338/2000, y High Court of Justice of the Eastern Caribbean Supreme Court, Caso Nº 43/2000 (2003).

[215] United States District Court for the Western District of Texas, Caso Nº SA99-C0822FB (22 de octubre de 1999), High Court of England and Wales, Chancery Division (1999), y Grand Court of the Cayman Islands (1999).

concernientes al trato que había de darse a los acreedores de ese país, y la división estricta de las cuestiones restantes entre los otros dos foros competentes, así como la obligación de cada uno de ellos de considerar vinculantes las decisiones del otro, con lo cual se impediría todo litigio paralelo y se lograría una solución coordinada en los tres países.

12. *ISA-Daisytek* (octubre de 2007)[216]

En la causa de *ISA-Daisytek* se abrieron procedimientos de insolvencia paralelos en Alemania e Inglaterra. La decisión del tribunal inglés de que el procedimiento abierto en ese país era el principal con arreglo al Reglamento del Consejo Europeo fue impugnada y no fue reconocida durante más de un año en Alemania, de resultas de lo cual había existido cierta incertidumbre con respecto a la condición, las facultades y los cometidos respectivos de los representantes de la insolvencia de uno y otro país. Una vez que el tribunal alemán reconoció finalmente que el procedimiento abierto en Inglaterra era el principal, los dos representantes de la insolvencia concertaron un "acuerdo de cooperación y avenencia" con objeto de resolver todos los problemas planteados entre ellos y decidir las medidas futuras en lo concerniente a los procedimientos de insolvencia. El protocolo contenía una disposición de avenencia que regulaba el pago del producto de la venta de los bienes en el procedimiento secundario (abierto en Alemania) y de dividendos de determinadas sucursales extranjeras al procedimiento principal (abierto en Inglaterra), la distribución a los acreedores y la responsabilidad de los representantes de la insolvencia. También figuraba una disposición sobre la aprobación del propio protocolo y se disponía que este debía interpretarse conforme a las leyes inglesas, así como la competencia exclusiva de los tribunales ingleses para hacer cumplir sus términos y condiciones.

13. *Laidlaw Inc.* (2001)[217]

En la causa de *Laidlaw Inc.* se habían abierto procedimientos de insolvencia en el Canadá y los Estados Unidos con respecto a una empresa multinacional que actuaba por conducto de diversas sucursales y filiales en los Estados Unidos, el Canadá y otros países. Las empresas deudoras sometieron el protocolo a la aprobación de los tribunales con objeto de aplicar los procedimientos administrativos básicos necesarios para coordinar determinadas actuaciones de los procedimientos de insolvencia. El protocolo era muy parecido al de la causa de Loewen, especialmente las disposiciones sobre los principios de cortesía e independencia judiciales, cooperación, incluso en materia de vistas conjuntas, contratación y remuneración de los representantes de la insolvencia, avisos, reconocimiento de la paralización de las actuaciones, procedimientos para resolver controversias que surgieran en relación con el protocolo, eficacia y modificación del protocolo y protección de derechos.

---

[216] High Court of England and Wales, Chancery Division, Leeds, y Tribunal de la Insolvencia de Düsseldorf (Alemania).

[217] Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 01-CL-4178 (10 de agosto de 2001), y United States Bankruptcy Court for the Western District of New York, Caso Nº 01-14099 (20 de agosto de 2001).

14. *Livent Inc.* (1999)[218]

La de *Livent Inc.* fue la primera causa en que se celebraron vistas conjuntas transfronterizas por medio de un circuito cerrado de televisión por satélite y videoconferencia. Se celebraron dos vistas conjuntas. En la primera de ellas se aprobó un protocolo transfronterizo para la liquidación de los créditos de los acreedores frente al deudor. En la segunda se aprobó la venta de todos o casi todos los bienes del deudor. En el protocolo se preveía expresamente que se celebraran esas vistas y se otorgaba a los presidentes de los dos tribunales ciertas facultades discrecionales para examinar y resolver toda cuestión técnica o procesal concerniente a cada una de las vistas conjuntas. Estas concluyeron en dos días y los tribunales dictaron providencias complementarias para permitir la venta de los bienes en los dos países a un solo comprador.

15. *Loewen Group Inc.* (1999)[219]

El deudor, una gran empresa multinacional, solicitó la apertura de procedimientos de insolvencia en el Canadá y los Estados Unidos e inmediatamente presentó ante el tribunal competente de cada país un protocolo completo por el que se establecían los procedimientos que habían de aplicarse en materia de coordinación y cooperación entre los dos foros. El deudor se había dado cuenta de la importancia que revestía la coordinación transfronteriza de las actuaciones para sus planes de reorganización, razón por la cual tomó la iniciativa de elaborar un proyecto de protocolo que fue aprobado como providencia inicial el día de la apertura de los dos procedimientos. En el protocolo se disponía que los dos tribunales podían comunicarse entre sí, organizar vistas conjuntas y establecer las normas que en ellas se observarían; que los acreedores y demás partes interesadas podrían comparecer ante uno u otro tribunal; que la jurisdicción de cada tribunal sobre el representante de la insolvencia del tribunal extranjero quedaba limitada a aquellos asuntos para los cuales había comparecido ante él, y que toda paralización de las actuaciones sería coordinada entre los dos foros.

16. *Manhattan Investment Fund* (2000)[220]

El protocolo concertado en la causa de *Manhattan Investment Fund*, que concernía a los Estados Unidos y a las Islas Vírgenes Británicas, tenía varios objetivos, entre ellos, coordinar la labor de individualizar, reunir y vender los bienes del deudor a fin de obtener el máximo valor posible en provecho de los acreedores, así como las actividades del deudor y el intercambio de información (incluidas ciertas comunicaciones privilegiadas) entre los respectivos representantes de la insolvencia con objeto de economizar lo más posible y evitar toda duplicación de actividades.

---

[218] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 98-B-48312, y Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 98-CL-3162 (11 de junio de 1999).

[219] United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Caso Nº 99-1244 (30 de junio de 1999), y Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 99-CL-3384 (1 de junio de 1999).

[220] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 00-10922BRL (abril de 2000), High Court of Justice of the British Virgin Islands (19 de abril de 2000), y Supreme Court of Bermuda, Caso Nº 2000/37 (abril de 2000).

17. *Matlack Inc.* (2001)[221]

En la causa de *Matlack Inc.*, grupo de empresas de transporte a granel con operaciones en los Estados Unidos, México y el Canadá, se concertó un protocolo a efectos de coordinar los procedimientos de insolvencia abiertos en el Canadá y los Estados Unidos. En el protocolo figuraban como apéndice las *Court-to-Court Guidelines*. Con objeto de impedir acciones adversas contra los bienes del deudor, se disponía que cada uno de los dos tribunales reconociera la paralización de las actuaciones ordenada por el otro. Los deudores, los acreedores y demás partes interesadas podían comparecer ante cualquiera de los dos tribunales y, por consiguiente, quedarían sometidos a la jurisdicción del tribunal ante el cual comparecieran. También se abordaban en el acuerdo la contratación y remuneración de los profesionales, los avisos y la protección de los derechos de los acreedores.

18. *Maxwell Communication Corporation plc.* (1991/1992)[222]

El primer protocolo transfronterizo de la insolvencia del que se tiene noticia fue concertado en la causa de *Maxwell Communication Corporation plc.*, en que un solo deudor inició dos procedimientos de insolvencia principales, uno en los Estados Unidos y el otro en el Reino Unido, y se nombró a dos representantes de la insolvencia distintos, uno en cada país, con un cometido similar. Los tribunales competentes de los Estados Unidos y el Reino Unido convencieron por separado a los abogados de las partes en cada país de que la concertación de un protocolo entre las dos administraciones de la insolvencia podía resolver muchos conflictos y facilitar el intercambio de información. En el protocolo se establecieron dos objetivos para orientar a los representantes de la insolvencia: obtener el máximo valor posible de la masa de la insolvencia y armonizar las actuaciones a fin de economizar lo más posible y evitar todo conflicto jurisdiccional que pudiera plantearse. Las partes convinieron, básicamente, en que el tribunal estadounidense renunciaría al ejercicio de su competencia en favor del tribunal del Reino Unido, una vez que se determinara que se aplicaban ciertos criterios. Se convenía concretamente en que se retendría a parte del personal de gestión a fin de preservar el valor del negocio en marcha del deudor, si bien se autorizaría al representante de la insolvencia del Reino Unido, actuando con el consentimiento de su homólogo de los Estados Unidos, a nombrar nuevos directores independientes; el representante de la insolvencia del Reino Unido solo podría contraer nuevas deudas o presentar un plan de reorganización con el consentimiento previo del representante de la insolvencia de los Estados Unidos o del tribunal estadounidense; el representante de la insolvencia del Reino Unido debería dar aviso al representante de la insolvencia de los Estados Unidos antes de emprender una operación importante en nombre del deudor, si bien gozaba de autorización previa para emprender operaciones de menor

---

[221] Superior Court of Justice of Ontario (Canadá), Caso Nº 01-CL-4109, y United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Caso Nº 01-01114 (MFW) (2001).

[222] In re *Maxwell Communication Corporation plc*, 93 F.3d 1036, 29 Bankr.Ct.Dec. 788 (2nd Cir. (N.Y.), 21 de agosto de 1996) (Números 1527, 1530, 95-5078, 1528, 1531, 95-5082, 1529, 95-5076 y 95-5084), y Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol in Re *Maxwell Communication plc* between the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 91 B 15741 (15 de enero de 1992), y High Court of England and Wales, Chancery Division, Companies Court, Caso Nº 0014001 de 1991 (31 de diciembre de 1991).

cuantía. Se omitieron del protocolo muchas cuestiones deliberadamente para irlas resolviendo en el curso del procedimiento. Algunas de ellas, por ejemplo, ciertos pormenores concernientes a la distribución, se incorporaron posteriormente en un anexo del protocolo.

19. *Mosaic* (2002)[223]

En esta causa se habían abierto procedimientos de insolvencia paralelos en el Canadá y los Estados Unidos. Desde el comienzo, las partes consideraron que la insolvencia de la red de empresas *Mosaic* iba a exigir la celebración de vistas complicadas y contenciosas en los dos países y que era esencial establecer un marco en el cual los tribunales pudieran examinar las cuestiones concernientes a las diversas entidades empresariales de manera independiente, si bien cooperando entre sí. El protocolo era muy parecido, tanto en la forma como en el contenido, a los de *Loewen* y *Laidlaw*, especialmente las disposiciones sobre los principios de cortesía internacional e independencia judicial, cooperación de los tribunales, incluso en materia de vistas conjuntas, contratación y remuneración de los representantes de la insolvencia, avisos, reconocimiento de la paralización de las actuaciones, procedimientos encaminados a dirimir las controversias concernientes al protocolo, eficacia y modificación de este y protección de los derechos. El protocolo fue muy importante para las ventas transfronterizas efectuadas en el curso de los procedimientos.

20. *Nakash* (1996)[224]

En la causa de *Nakash*, que concernía a los Estados Unidos e Israel, se concertó un protocolo que tuvo que ser negociado con autorización expresa por vía legal en Israel y con intervención directa del foro judicial competente de los dos países. El protocolo se centró especialmente en mejorar la coordinación de las actuaciones judiciales y la cooperación entre los dos tribunales y entre las partes (otros protocolos anteriores se ocupaban principalmente de las relaciones entre las partes). A diferencia de otros casos de insolvencia para los que se habían concertado protocolos transfronterizos, en este caso no se abrieron procedimientos paralelos de insolvencia en relación con el mismo deudor. El conflicto o la cuestión central que se trató de resolver en el protocolo era, por una parte, el procedimiento que se deseaba abrir contra el deudor en Israel y, por la otra, la paralización automática decretada en el procedimiento de insolvencia del deudor abierto conforme al Capítulo 11 en los Estados Unidos, que habría impedido toda actuación contra el deudor en Israel. El deudor, que no era signatario del protocolo, se opuso a que fuera aprobado y aplicado.

---

[223] Ontario Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 02-CL-4816 (7 de diciembre de 2002), y United States Bankruptcy Court for the Northern District of Texas, Caso Nº 02-81440 (8 de enero de 2003).

[224] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 94 B 44840 (23 de mayo de 1996), y District Court of Jerusalem (Israel), Caso Nº 1595/87 (23 de mayo de 1996).

21. *360Networks Inc.*[225]

En la causa de *360Networks* el protocolo concernía a los Estados Unidos y el Canadá. El Grupo 360 era un proveedor internacional de redes de fibra óptica integrado por más de 90 empresas registradas en unos 33 países, con casi 2.000 empleados. Habida cuenta de que la mayoría de los bienes y de los empleados se encontraban en el Canadá y los Estados Unidos, se abrieron procedimientos de insolvencia en los dos países. Entre las providencias iniciales figuraba un protocolo transfronterizo que tenía por objeto promover una administración ordenada, eficiente, equitativa y transparente de la masa de la insolvencia, respetar la independencia e integridad de cada uno de los dos foros competentes, fomentar la cooperación internacional y el respeto del principio de cortesía internacional entre los tribunales canadiense y estadounidense y todo otro tribunal extranjero e instituir un marco de principios generales para resolver toda cuestión administrativa emanada del carácter transfronterizo de las actuaciones. Para lograr esos objetivos, en el protocolo se abordaban, entre otras cosas, cuestiones relacionadas con la coordinación y cooperación entre los tribunales, incluso en materia de vistas conjuntas, los avisos, la contratación y remuneración de los profesionales, el reconocimiento mutuo de la paralización de las actuaciones, los procedimientos extranjeros futuros y un procedimiento encaminado a dirimir controversias concernientes al protocolo. Sin embargo, los dos procesos de reestructuración fueron avanzando de una forma relativamente independiente del protocolo. Se presentaron planes esencialmente análogos en los dos foros, cada uno de ellos supeditado a la aprobación del otro. Si bien se preveía la celebración de vistas conjuntas, no fue necesario celebrar ninguna.

22. *Olympia & York Developments Limited* (1993)[226]

La causa de *Olympia & York Development Limited* concernía a una sociedad matriz canadiense y sus sucursales, que realizaban operaciones principalmente en el Canadá, los Estados Unidos y el Reino Unido. Se redactó un protocolo con objeto de armonizar los procedimientos abiertos en el Canadá y los Estados Unidos y de crear consenso entre las diversas partes interesadas con respecto a la gestión empresarial del deudor mediante la reconstrucción del directorio de cada una de las empresas. El protocolo comprendía disposiciones relativas a la composición, las facultades y las funciones de los directorios y la destitución y reelección de los directores, así como a la modificación y aprobación del propio protocolo. El marco de cooperación transfronteriza de la causa de *Olympia & York Developments Limited* dio lugar a la reorganización rápida y eficiente de las empresas deudoras.

---

[225] British Columbia Supreme Court, Vancouver (Canadá), Caso Nº L011792 (28 de junio de 2001), y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 01-13721-alg (29 de agosto de 2001).

[226] Ontario Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº B125/92 (26 de julio de 1993), y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 92-B-42698-42701 (15 de julio de 1993) (Reasons for Decision of the Ontario Court of Justice: (1993), 20 C.B.R. (3d) 165).

23. *Peregrine Investments Holdings Limited* (1999)[227]

En la causa de *Peregrine Investments Holdings Limited* la empresa deudora estaba establecida en las Bermudas y tenía su establecimiento principal en la RAE de Hong Kong, donde se abrió un procedimiento de insolvencia. Poco tiempo después también se inició un procedimiento de insolvencia en las Bermudas, principalmente para evitar conflictos jurisdiccionales y para garantizar que los representantes de la insolvencia nombrados en la RAE de Hong Kong tuviesen plenas facultades en otros países en relación con los bienes que no estuvieran situados en Hong Kong. Los representantes de la insolvencia eran las mismas personas en los dos procedimientos, salvo una persona nombrada únicamente en el procedimiento abierto en las Bermudas, pero todos ellos trabajaban en el mismo estudio jurídico internacional. Se concertó un protocolo con objeto de armonizar y coordinar las actuaciones, garantizar la administración ordenada y eficiente de los procedimientos abiertos en los dos países, individualizar y conservar los bienes que tuviese el deudor en todo el mundo y obtener el máximo valor de ellos en provecho de todos los acreedores del deudor y demás partes interesadas por igual, coordinar las actuaciones e intercambiar información. Se determinaba que el procedimiento de las Bermudas era el procedimiento principal y que el abierto en la RAE de Hong Kong era el procedimiento no principal. No obstante, prácticamente toda la liquidación de los bienes del deudor se llevaría a cabo en y desde la RAE de Hong Kong, habida cuenta de que las actividades comerciales del deudor estaban concentradas allí y siempre lo habían estado. Se determinaban las cuestiones que deberían abordarse principalmente en la RAE de Hong Kong, a saber, la admisión de los créditos de los acreedores y la distribución de dividendos a estos. También se incluían disposiciones relativas a los créditos y su distribución, los derechos y facultades de los representantes de la insolvencia con respecto al intercambio de información, las costas y sus gravámenes y la presentación de solicitudes a los tribunales. El protocolo contenía anexos en los que figuraban distintas formalidades en relación con la prueba de la validez de los créditos y los avisos de rechazo de la prueba y de elección del foro.

24. *Philip Services Corporation* (1999)[228]

Esta fue la primera causa en la que se negoció previamente un plan de reorganización[229]. Antes de solicitarse la apertura del procedimiento de insolvencia el deudor negoció un plan de reorganización con sus acreedores durante varios meses con la intención de que, una vez aprobado por los tribunales, el plan se aplicara en los dos foros. Como en la causa de *Loewen*, se presentó un protocolo completo que fue aprobado por los tribunales como providencia inicial. Este caso se ha citado como ejemplo de protocolo en que se dispone la armonización y coordinación generales amplias de las actuaciones transfronterizas, en consonancia

---

[227] High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, HCCW Companies (Winding-up), Nº 20 de 1998, y Supreme Court of Bermuda Companies (Winding-up), Nº 15 de 1998 (1999).

[228] United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Caso Nº 99-B-02385 (28 de junio de 1999), y Ontario Superior Court of Justice, Toronto, Caso Nº 99-CL-3342 (25 de junio de 1999).

[229] Se trata de un método, permitido en algunos países, por el que se negocia un plan de reorganización a título voluntario antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, plan este que posteriormente deberá ser aprobado por el tribunal competente.

con los principios del Concordato (a diferencia del protocolo de alcance muy limitado concertado en la causa de *Tee-Comm. Electronics* (véase el párrafo 31 *infra*). Los objetivos amplios del protocolo abarcaban los siguientes aspectos: promover la administración ordenada, eficiente, equitativa y transparente de la masa de la insolvencia; respetar los principios de independencia e integridad judiciales; fomentar la cooperación y el respeto del principio de cortesía internacional, e instituir un marco de principios generales para resolver toda cuestión administrativa emanada del carácter transfronterizo de las actuaciones. Para lograr esos objetivos, el protocolo abordaba, entre otras cosas, cuestiones relativas a la coordinación y cooperación entre los tribunales, la contratación y remuneración de los profesionales y el reconocimiento mutuo de toda paralización de las actuaciones. Con arreglo al protocolo, los tribunales también convenían en cooperar entre sí, en la medida de lo posible, en la coordinación de las actividades de admisión de los créditos y en los procedimientos de votación y de confirmación del plan.

25. *Pioneer Companies Inc.*[230]

La causa de *Pioneer Companies Inc.* comprendía procedimientos de insolvencia abiertos en los Estados Unidos en relación con una empresa multinacional estadounidense y algunas de sus sucursales y filiales directas e indirectas y un procedimiento de insolvencia abierto en el Canadá en relación con una sucursal canadiense que también era empresa deudora en las actuaciones de los Estados Unidos. El formato y las disposiciones del protocolo se parecían a los de los protocolos concertados en las causas de *Laidlaw*, *Loewen* y *Mosaic*. Además, en el protocolo se reconocía que redundaba en favor de los deudores y sus partes interesadas que el tribunal estadounidense se hiciera cargo de la administración principal de la reorganización y se establecían principios generales para la admisión de los créditos, en particular en lo que respecta a la prueba de la validez de estos.

26. *PSINet Inc.* (2001)[231]

En la causa de *PSINet* se abrieron procedimientos de insolvencia en el Canadá y los Estados Unidos. El protocolo que se concertó con objeto de coordinar los procedimientos abiertos en los dos países tenía una estructura análoga a la de los protocolos de las causas de *Loewen*, *Laidlaw* y *Mosaic*. Además, se abordaban ciertos problemas relacionados con la insolvencia transfronteriza y la reestructuración, planteados por la índole de las operaciones comerciales de los deudores en los Estados Unidos y el Canadá y la interrelación e interdependencia de las líneas de comunicación en las operaciones comerciales y cibernéticas internacionales del grupo, que exigían la asistencia de los dos tribunales para poderse resolver en forma equitativa y eficiente. Esas cuestiones abarcaban la aprobación de la venta de bienes, la distribución del producto de la venta, el tratamiento de los créditos entre las empresas y la aprobación y ejecución de todo plan de reorganización en que fueran parte los deudores de cada país. En el protocolo se establecían directrices con

---

[230] Quebec Superior Court (Re *PCI Chemicals Canada Inc.*) (Canadá), Caso Nº 5000-05-066677-012 (1 de agosto de 2001), y United States Bankruptcy Court for the Southern District of Texas (Re *Pioneer Companies Inc.*), Caso Nº 01-38259 (1 de agosto de 2001).

[231] Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 01-CL-4155 (10 de julio de 2001), y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 01-13213 (10 de julio de 2001).

respecto a esas cuestiones, que debían determinarse y resolverse mediante la celebración de vistas conjuntas de los tribunales, y se autorizaba el uso de las *Court-to-Court Guidelines*. El protocolo fue un factor clave en lo que respecta a la venta de los bienes que poseía *PSINet* en el Canadá.

27. *Quebecor World Inc.* (2008)[232]

La causa de *Quebecor World Inc.* comprendía procedimientos paralelos abiertos en los Estados Unidos y el Canadá. Las empresas deudoras propusieron la aprobación de un protocolo al iniciarse los procedimientos, en calidad de providencia inicial, ya que preveían la necesidad de que los tribunales se comunicaran entre sí y celebraran vistas conjuntas con objeto de facilitar las actuaciones, debido a las operaciones de gran envergadura que llevaban a cabo los deudores en los dos países. El tribunal estadounidense aplazó la aprobación del protocolo a efectos de establecer un comité de acreedores y brindarle la oportunidad de formular observaciones al respecto. Eso dio lugar a la modificación del protocolo original con objeto de incorporar disposiciones más amplias en relación con los avisos, una disposición encaminada a elaborar un protocolo sobre presentación conjunta de créditos, con respecto a los plazos, el proceso, la competencia y la ley aplicable para la resolución de créditos entre las empresas presentados por los acreedores de los deudores en los dos procedimientos, y una disposición detallada relativa a los procedimientos que habrían de aplicarse cuando se considerara que las medidas cautelares solicitadas en un Estado podrían repercutir sustancialmente en otros Estados. El protocolo también se remitía a las *Court-to-Court Guidelines*. Se celebraron vistas conjuntas con miras a la aprobación de la venta de las operaciones europeas de los deudores, lo que dio lugar a la pronta adopción de decisiones por parte de cada uno de los tribunales en lo que respecta a aprobar la venta.

28. *SENDO International Limited* (2006)[233]

En las causas de *SENDO International Limited* el procedimiento de insolvencia principal se había abierto en el Reino Unido y el secundario en Francia. El procedimiento secundario se abrió a instancia del representante de la insolvencia del procedimiento principal y en atención a la situación de los empleados que tenía SENDO en Francia. Al abrirse el procedimiento secundario, la situación de esos empleados sería regulada por el régimen de la insolvencia francés, que era más favorable que el inglés, y el representante de la insolvencia de Francia podría vender bienes situados en el territorio francés y reunir declaraciones de los créditos por cobrar presentados por los acreedores franceses y extranjeros de *SENDO*. Los representantes de la insolvencia de los dos procedimientos concertaron un acuerdo para coordinar los dos procedimientos y observaron que el Reglamento del Consejo Europeo únicamente establecía principios de operación muy generales. En el acuerdo los representantes de la insolvencia convenían, a efectos de aplicar esos principios de operación, en actuar en un espíritu de confianza mutua y observar el deber de comunicar información y cooperar definido en el artículo 31 del Reglamento del Consejo Europeo, y que el procedimiento principal gozaría de precedencia sobre el

[232] Montreal Superior Court, Commercial Division (Canadá), Nº 500-11-032338-085, y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Nº 08-10152 (JMP) (2003).

[233] Procedimientos de insolvencia solicitados ante la High Court of Justice, Chancery Division of London (Reino Unido) y el Tribunal Comercial de Nanterre (Francia) (2006).

secundario. El acuerdo contenía disposiciones relativas a los avisos y la presentación de créditos, a medios prácticos para la verificación de los créditos, a la distribución de las costas judiciales y al tratamiento de los bienes de la filial francesa del deudor.

29. *Solv-Ex Canada Limited* y *Solv-Ex Corporation* (1998)[234]

En la causa de *Solv-Ex Canada Limited*, que comprendía procedimientos abiertos en los Estados Unidos y el Canadá, los dos tribunales competentes habían dictado decisiones contradictorias que, de hecho, habían paralizado las actuaciones. Tras negociaciones celebradas entre las partes interesadas se organizaron actuaciones simultáneas, conectadas por vía telefónica, para aprobar la venta de los bienes del deudor. Los tribunales llegaron a conclusiones idénticas con respecto a la autorización de la venta y alentaron a las partes a negociar un protocolo transfronterizo que rigiera las actuaciones subsiguientes. Las cuestiones procesales concertadas entre las partes abarcaban la posibilidad de que se presentaran documentos idénticos ante uno y otro foro y de facultar a los presidentes de los tribunales para consultarse mutuamente sin que hubieran de estar presentes los abogados de los interesados, a fin de a) ponerse de acuerdo con respecto a las directrices para las vistas que hubieran de celebrarse, y b) determinar la posibilidad de llegar a pronunciar fallos mutuamente compatibles. Posteriormente, los tribunales aprobaron el protocolo.

30. *Systech Retail Systems Corp*. (2003)[235]

En la causa de *Systech Retail Systems Corp*. se habían abierto procedimientos de insolvencia en los Estados Unidos y el Canadá con respecto a un importante proveedor de servicios para puestos de venta al por menor que realizaba operaciones comerciales por conducto de diversas sucursales y filiales canadienses y estadounidenses. Las empresas deudoras elaboraron un protocolo encaminado a establecer medidas administrativas básicas para coordinar los procedimientos abiertos en los dos países. El protocolo contenía disposiciones relativas a los principios de cortesía internacional e independencia judicial, cooperación, contratación y remuneración de los representantes de la insolvencia y demás profesionales, avisos, reconocimiento mutuo de la paralización de las actuaciones con arreglo a las leyes de los dos países, los derechos a comparecer ante el tribunal y a ser oído y los procedimientos para dirimir controversias concernientes al protocolo. También se incluían las *Court-to-Court Guidelines*. Tras la aprobación del protocolo por parte de los dos tribunales se celebró una vista conjunta de conformidad con esas directrices a efectos de resolver y coordinar varias cuestiones transfronterizas que se planteaban.

---

[234] Alberta Court of Queen's Bench, Caso Nº 9701-10022 (28 de enero de 1998), y United States Bankruptcy Court for the District of New Mexico, Caso Nº 11-97-14362-MA (28 de enero de 1998).

[235] Ontario Court of Justice, Toronto, Caso Nº 03-CL-4836 (20 de enero de 2003), y United States Bankruptcy Court for the Eastern District of North Carolina, Raleig Division, Caso Nº 03-00142-5-ATS (30 de enero de 2003).

31. *Tee-Comm. Electronics Inc.* (1997)[236]

El protocolo concertado en la causa de *Tee-Comm. Electronics Inc.*, concerniente a los Estados Unidos y el Canadá, puede calificarse de protocolo de finalidad circunscrita a determinada tarea. Ese protocolo estableció un marco en el cual los administradores nombrados en uno y otro país venderían conjuntamente los bienes del deudor a fin de obtener de la masa de la insolvencia el máximo valor posible. Por consiguiente, abordaba la venta de esos bienes, que constituía la cuestión esencial desde el momento de la apertura del procedimiento, pero no otras cuestiones, como la distribución del producto de dicha venta o los acreedores que pudieran tener derecho a beneficiarse de esa distribución.

32. *United Pan-Europe Communications N.V.* (2003)[237]

En esta causa, el deudor era una empresa importante de televisión por cable y telecomunicaciones establecida en los Países Bajos que era titular de capital social en sucursales directas e indirectas, algunas de las cuales se encontraban en los Estados Unidos. Se abrieron procedimientos de insolvencia en los Estados Unidos y los Países Bajos. Como el abogado del deudor en este último país opinaba que las leyes y el derecho procesal de este no admitían la concertación de un protocolo, los abogados del deudor en los dos países actuaron en estrecha colaboración, a medida que fueron surgiendo problemas en el curso de los procedimientos, para garantizar que todas las decisiones estuvieran en consonancia con el ordenamiento jurídico de uno y otro país. En las deliberaciones participaron los dos representantes de la insolvencia. La labor de coordinación abarcó el suministro continuo de información a los tribunales y los representantes de la insolvencia, la contratación y remuneración de los abogados y los representantes de la insolvencia, la elaboración de procedimientos de convocación para utilizar en los dos casos, la venta de bienes y el plan de reorganización. Gracias a esa coordinación, las actuaciones concluyeron el mismo día en los dos países.

---

[236] *In re AlphaStar Television/Tee-Comm Distribution, Inc.*, Ontario Court of Justice (Canadá), y United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (27 de junio de 1997).

[237] La cita exacta se proporcionará más adelante.

D. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia acerca de la labor realizada en su 36º período de sesiones (Nueva York, 18 a 22 de mayo de 2009)

(A/CN.9/671) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-4
II.	Organización del período de sesiones	5-10
III.	Deliberaciones y decisiones	11
IV.	Cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza	12-15
V.	Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia	16-124
	A. Cuestiones de ámbito internacional	16-55
	B. Cuestiones internas	56-124
VI.	Repercusión de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual	125-127

I. Introducción

1. En su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión convino en que el tema del tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia estaba ya lo suficientemente desarrollado como para remitirlo al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) a fin de que este lo examinara, y acordó que se diera a dicho Grupo de Trabajo la flexibilidad necesaria para que pudiera presentarle recomendaciones apropiadas sobre el alcance de su futura labor y la forma que debería revestir, en función del contenido de las soluciones que propusiera frente a los problemas que pudiera determinar en relación con el tema.

2. En su 31º período de sesiones, celebrado en Viena del 11 al 15 de diciembre de 2006, el Grupo de Trabajo se manifestó de acuerdo en que la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza ofrecían una sólida base para la unificación de los regímenes de la insolvencia, y en que la labor que se venía realizando tenía por objeto complementar esos textos, no sustituirlos (véase A/CN.9/618, párrafo 69). Un posible método de trabajo podría consistir en el examen de las disposiciones enunciadas en los textos existentes que pudieran ser de interés en el contexto de los

grupos de empresas y en la determinación de las cuestiones que requerirían un debate más a fondo, así como la preparación de recomendaciones suplementarias. Otras cuestiones, aunque fueran de interés para los grupos de empresas, podrían tratarse del mismo modo que en la Guía Legislativa y en la Ley Modelo. Se sugirió asimismo que el resultado eventual de esta labor revistiera la forma de recomendaciones legislativas respaldadas por un análisis de las consideraciones normativas del caso (A/CN.9/618, párr. 70).

3. En su 32° período de sesiones, celebrado en mayo de 2007, el Grupo de Trabajo continuó su examen del tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia basándose en notas de la Secretaría relativas al régimen aplicable a los grupos de empresas tanto en el ámbito nacional como en el internacional (A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1). Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no examinó el tratamiento que se da en el ámbito internacional a los grupos de empresas, que se expone en el documento A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2.

4. En su 33º período de sesiones, celebrado en noviembre de 2007, en su 34º período de sesiones, celebrado en marzo de 2008, y en su 35º período de sesiones, celebrado en noviembre de 2008, el Grupo de Trabajo prosiguió su análisis del régimen aplicable a los grupos de empresas (hasta entonces denominados "grupos de empresas") en situaciones de insolvencia, basándose para ello en las notas de la Secretaría (A/CN.9/WG.V/WP.78 y Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.80 y Add.1 y A/CN.9/WG.V/WP.82 y Add.1 a 4).

II. Organización del período de sesiones

5. El Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), que estaba integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 36º período de sesiones en Nueva York del 18 al 22 de mayo de 2009. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Australia, Belarús, Benin, Bulgaria, Canadá, Chile, China, Colombia, España, Ecuador, Egipto, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Grecia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Letonia, Malasia, Marruecos, México, Nigeria, Noruega, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Senegal, Sudáfrica, Suiza, Tailandia, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

6. Asistieron también al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Afganistán, Angola, Bangladesh, Bélgica, Croacia, Dinamarca, Eslovenia, Filipinas, Ghana, Indonesia, Iraq, Irlanda, Lituania, Mauritania, Qatar, República de Moldova y Turquía.

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

a) *Organizaciones del sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional (FMI);

b) *Organizaciones intergubernamentales invitadas*: Comisión Europea y Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO);

c) *Organizaciones internacionales no gubernamentales invitadas*: American Bar Association, American Bar Foundation, Asociación Internacional de Abogados, Confederación Internacional de Mujeres Especializadas en Insolvencia y Reestructuración (IWIRC), INSOL International, International Credit Insurance and Surety Association, Grupo de Trabajo Internacional sobre el Régimen Europeo de la Insolvencia (IWGEIL), International Insolvency Institute, Inter-Pacific Bar Association y Unión Internacional de Abogados (UIA).

8. El Grupo de Trabajo eligió la siguiente Mesa:

Presidente: Sr. Wisit Wisitsora-At (Tailandia)

Relator: Sra. Haini Hassan (Malasia)

9. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) Programa provisional anotado (A/CN.9/WG.V/WP.84);

b) Una nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.85 y Add.1);

c) Una nota de la Secretaría sobre la cooperación, la comunicación y la coordinación transfronterizas en procedimientos de insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.86 y Add.1 a 3);

d) Una nota de la Secretaría sobre el examen del trato que se da a la propiedad intelectual en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia (A/CN.9/WG.V/WP.87);

e) Una propuesta de los Estados Unidos de América sobre financiación posterior a la solicitud de apertura de un procedimiento (A/CN.9/WG.V/WP.88); y

f) Una adición a una nota de la Secretaría, sobre el proyecto de anexo a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual y, en particular, sobre las repercusiones de la insolvencia de un licenciante o de un licenciatario de propiedad intelectual sobre una garantía constituida sobre los derechos de la parte insolvente, nacidos de un acuerdo de licencia (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4).

10. 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 la cooperación, la comunicación y la coordinación transfronterizas en los procedimientos de insolvencia, el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia y los efectos de la insolvencia en una garantía real constituida sobre propiedad intelectual.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

11. El Grupo de Trabajo inició su examen de la cooperación, la comunicación y la coordinación en los procedimientos de insolvencia basándose en el documento A/CN.9/WG.V/WP.86 y Add.1 a 3, y prosiguió su examen del trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia basándose en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.85 y Add.1, A/CN.9/WG.V/WP.88 y en otros documentos a los que se hace remisión en aquellos. El Grupo de Trabajo examinó asimismo los efectos de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual basándose en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.87 y A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 y en un extracto del informe del Grupo de Trabajo VI sobre la labor de su 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/XV/CRP.1/Add.5). A continuación se recogen las deliberaciones que sobre estos temas mantuvo el Grupo de Trabajo y las decisiones que adoptó al respecto.

IV. Cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza

12. El Grupo de Trabajo inició sus debates sobre la cooperación, la comunicación y la coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza basándose en el documento A/CN.9/WG.V/WP.86, que contiene un proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza (en adelante “las Notas”).

13. El Grupo de Trabajo expresó su reconocimiento por las Notas y puso de relieve la utilidad que tenían para los profesionales de la insolvencia y para los jueces, así como para los acreedores y otras partes interesadas, particularmente en el contexto de la crisis financiera actual. A este respecto, se consideró que las Notas eran muy oportunas al ser aplicables a un gran número de casos de gran envergadura y complejidad y también por ser el primer documento que ha preparado una organización internacional sobre el tema de los acuerdos transfronterizos. El Grupo de Trabajo agradeció también que se hubieran incorporado al documento las sugerencias formuladas respecto del anterior proyecto de las Notas (A/CN.9/WG.V/WP.83), que fue distribuido entre los países para que formularan observaciones.

14. El Grupo de Trabajo recordó la decisión que había adoptado en su último período de sesiones (véase A/CN.9/666, párrafo 21) de aplazar hasta una etapa ulterior la determinación del título definitivo de las Notas. Respecto de ese título se sugirió que se sustituyera el término “Notas” por el de “principios rectores” o “recomendaciones” en materia de protocolos y de cooperación, comunicación y coordinación. Algunas delegaciones respaldaron esas propuestas, si bien se recordó que, en el anterior período de sesiones, se sugirió que, dado que el documento era puramente descriptivo, no ofrecía directrices y, por lo tanto, no debería tenerse por una guía. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo convino en que el título de las Notas fuera: “Guía de prácticas de cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza”, por considerar que cualificándolo con el término “prácticas” se paliarían las reservas anteriormente expresadas respecto del término “guía”. El Grupo de Trabajo señaló que habría que modificar en consecuencia toda mención que se hiciera del título en el proyecto de documento.

15. El Grupo de Trabajo aprobó las Notas con vistas a su posible finalización y aprobación por la Comisión en su 42º período de sesiones en 2009. Se señaló que la aplicación práctica de las Notas sería examinada en el Coloquio Judicial Multinacional CNUDMI/INSOL/Banco Mundial, que se prevé celebrar en junio de 2009, antes del 42º período de sesiones de la Comisión.

V. Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia

A. Cuestiones de ámbito internacional

16. El Grupo de Trabajo reanudó sus deliberaciones sobre la cuestión del tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia basándose en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.85 y Add.1, empezando por las cuestiones de carácter internacional enunciadas en el documento A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1.

1. El centro de coordinación de un grupo de empresas

Proyectos de recomendación 1 y 2

17. El Grupo de Trabajo recordó los debates que mantuvo en su anterior período de sesiones (véase A/CN.9/666, párrafo 31) y los fines por los que podía resultar conveniente designar a una de las empresas del grupo para que actúe como centro de coordinación del grupo a fin de dar así cumplimiento a los objetivos enunciados en el párrafo 5 del documento A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1. Se recordó, en particular, que el centro de coordinación debería ser considerado como la primera empresa entre sus iguales, por lo que no debería ser dotada de facultades por razón de actuar como centro de coordinación.

18. Si bien en general las delegaciones apoyaron el cumplimiento de los objetivos establecidos en el párrafo 5, se opinó que la determinación del centro de coordinación de un grupo de empresas entrañaba una serie de dificultades dimanantes de la previa necesidad de determinar el centro de los principales intereses de cada deudor en particular. Entre esas dificultades cabe destacar la de saber si la determinación de un centro de coordinación situado en un Estado sería vinculante o, al menos, reconocida en otros Estados, y la de convenir en cuál sería el Estado que debería encargarse de hacer tal determinación. Según una opción propuesta, esta función correspondería al foro del Estado en donde se hubiera abierto el procedimiento inicial contra una empresa del grupo. Mientras que según otra correspondería al foro del Estado con el que se tratara de coordinar el procedimiento. En apoyo de esta última opción se observó que, si ubicar el centro de coordinación en el primer Estado no estaba legitimado, sería improbable que el segundo Estado estuviera dispuesto a cooperar.

19. Otras dificultades señaladas fueron: la de tener que velar por que ese centro cumpla funciones de índole procesal y no sustantiva; la necesidad de dotarlo de suficiente margen de flexibilidad para poder tener en cuenta las peculiaridades de cada caso; la necesidad de actuar con prontitud al designar un centro de coordinación, lo que aconsejaba evitar el recurso a criterios complejos; la necesidad de evitar que las partes traten de buscar abusivamente el foro más conveniente; la de

definir la función que proceda encomendar a la entidad coordinadora; la de evitar nombrar un centro de coordinación salvo cuando ello resulte útil o necesario para lograr una reorganización global de un grupo; y la necesidad de distinguir entre el cometido que corresponde a cada tribunal en materia de coordinación y cooperación y que corresponde a la empresa coordinadora. Con respecto a este último punto, se observó que, en su anterior período de sesiones, el Grupo de Trabajo no procedió a examinar si esa coordinación sería iniciada y dirigida por el tribunal encargado de sustanciar el procedimiento respecto de la empresa coordinadora o por el representante de la insolvencia interesado (véase A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1, párrafo 6).

20. Una gran mayoría de delegaciones estuvo de acuerdo en que la decisión por la que un tribunal determinara cuál era el centro de coordinación de un grupo de empresas no debería ser vinculante para otros Estados. Los tribunales de otros Estados podrían aceptar tal decisión, pero su desacuerdo al respecto no debería impedir que hubiera coordinación y cooperación entre los distintos tribunales.

21. Se observó que muchos casos de insolvencia transfronteriza de grupos de empresas se dirigían desde la cúpula del grupo, particularmente en materia de coordinación y cooperación. Además, se estimó que, de ser este el caso, de poco serviría tratar de designar formalmente la empresa cúpula del grupo para que actuara como centro de coordinación, pues esta no obtendría facultades más amplias ni mayor reconocimiento de su cometido del que ya gozaría *de facto* como miembro más importante del grupo. Se respondió que el principal motivo para tratar de designar un centro de coordinación era el de resolver conflictos eventuales entre foros concurrentes. Sin embargo, se señaló que, de no ser vinculante la decisión por la que se designara el centro de coordinación, poco aportaría una recomendación sobre la designación de un centro de coordinación a las otras disposiciones sobre cooperación y coordinación judicial. Se señaló asimismo que en algunos casos podría resultar conveniente que existieran varios centros de coordinación para los diferentes subgrupos o unidades empresariales de un grupo.

22. Si bien algunas delegaciones se declararon partidarias de mantener en el texto una recomendación relativa al centro de coordinación, el Grupo de Trabajo no logró definir una función clara para dicho centro que complementara lo ya aconsejado por las recomendaciones más generales sobre coordinación y cooperación entre los tribunales y los representantes de la insolvencia. Por consiguiente, el Grupo de Trabajo convino en examinar los otros proyectos de recomendación antes de decidir acerca de la necesidad de una recomendación sobre el centro de coordinación.

23. Tras nuevas deliberaciones, el Grupo de Trabajo convino en suprimir los proyectos de recomendación 1 y 2 debido a que la determinación de una entidad coordinadora de un grupo de empresas no entrañaría ninguna ventaja jurídica a causa del carácter no vinculante de tal determinación. Dado que, sin embargo, el Grupo de Trabajo reconocía la conveniencia de que una entidad asumiera una función rectora en la cooperación, se convino en que se destacara en el comentario la importancia de que una de las entidades del grupo actuara con funciones de coordinación.

2. Modo de facilitar la cooperación y la comunicación

Proyecto de recomendación 3

24. El Grupo de Trabajo observó que el proyecto de recomendación 3 se basaba en el artículo 25 de la Ley Modelo y lo hacía debidamente extensivo al supuesto de un grupo de empresas. Una delegación sugirió respecto del proyecto de recomendación que las referencias a la cooperación se complementaran con una referencia a la coordinación que podría encomendarse a una entidad coordinadora. Se replicó que si se imponía a los tribunales y a los representantes de la insolvencia una obligación general de cooperar, valiéndose de diversos medios o instrumentos, como podía ser el caso de las Notas, no resultaba necesario designar una entidad coordinadora. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 3.

Proyecto de recomendación 4

25. Se señaló que el mérito del proyecto de recomendación 4 radicaba en el hecho de que autorizaba y alentaba a los representantes de la insolvencia a adoptar las medidas que fueran necesarias para asegurar la coordinación entre todos los procedimientos entablados contra empresas de un mismo grupo, evitando así que se diera una interpretación restrictiva de sus funciones al respecto. Se observó también que la recomendación de que se facilitara la coordinación era de por sí suficiente y hacía innecesaria toda referencia a un centro de coordinación. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 4.

Proyecto de recomendación 5

26. Se sugirió sustituir, en la primera línea del proyecto de recomendación 5, las palabras “al tribunal” por “a un tribunal”. Frente a esta sugerencia se puntualizó que, dado que la finalidad de las recomendaciones era que fueran reflejadas en el derecho interno, esas palabras se referían al tribunal interno competente, por lo que no procedía que el texto dijera “un tribunal”. Por razones similares, se señaló que, en los proyectos de recomendación, las palabras “en ese Estado” eran superfluas. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 5 y convino en que la Secretaría se ocupara de todo cambio de redacción que proceda.

Proyecto de recomendación 6

27. Se puso de relieve que el proyecto de recomendación 6 era útil al hacer extensivo el artículo 26 de la Ley Modelo a los grupos de empresas y al autorizar debidamente a los representantes de la insolvencia, que suelen ser los que entablan la comunicación, a ponerse en contacto con los tribunales o representantes extranjeros. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 6.

Proyecto de recomendación 7

28. Una amplia mayoría de delegaciones se declaró partidaria de que se eliminaran los corchetes, dejándose como estaba el texto del proyecto de recomendación a fin de que resulte aplicable de forma amplia y flexible, en particular a situaciones en que el tribunal tal vez no desempeñe una función muy activa en la comunicación transfronteriza. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 7, pero suprimiendo, en la versión inglesa, el término *two-way*, antes

de la palabra *communication* (es decir, la noción de "bilateral"), a fin de reflejar mejor la naturaleza de las comunicaciones que se mantienen entre múltiples partes.

Proyecto de recomendación 8

Corchetes

29. Algunas delegaciones se declararon partidarias de mantener el texto actual de la recomendación, pero suprimiendo los textos entre corchetes, a fin de alinearla con la recomendación 7.

Encabezamiento

30. Se planteó la cuestión de si, en el encabezamiento de la recomendación 8, debería insertarse la fórmula que figura en la recomendación 7 "en la medida en que lo permita la ley aplicable", o de si bastaría con las remisiones que se hacían en ese sentido en los apartados b) y e). Se pidió a la Secretaría que estudiara la procedencia de hacer remisión, en el texto de esta recomendación, a la ley (o derecho interno) aplicable.

Apartado a)

31. El Grupo de Trabajo convino en sustituir las palabras "deberán ser objeto de un acuerdo entre" por las palabras "deberán ser determinados por".

Apartado b)

32. Se sugirió sustituir la palabra "deberá" por "podrá", de modo que la notificación sea optativa y no obligatoria. Se sugirió asimismo que la disposición relativa a la notificación fuera determinada por el tribunal. Ninguna de esas dos propuestas obtuvo apoyo.

Apartados d) a e): Confidencialidad

33. Se formularon reservas por estimarse que los apartado d) y e), al tratar la confidencialidad como cuestión supletoria, no cumplían el principio de la transparencia, que debería regir todo procedimiento de insolvencia. Además, se observó que, en su forma actual, los apartados c), d) y e) no eran coherentes entre sí. Para paliar esos problemas se formularon diversas sugerencias, por ejemplo: i) que el apartado e) se limite a tratar asuntos administrativos de modo que los derechos sustantivos no se vean afectados; ii) que se reformule el encabezamiento de la recomendación en términos que permitan que los tribunales y los diversos participantes adopten decisiones acerca de las cuestiones enunciadas en los apartados a) a e); iii) que las partes interesadas puedan objetar toda decisión que las obligue a tratar cierta información como confidencial; iv) que, en el apartado e), se sustituya "deberán" por "podrán", a fin de dejar claro el carácter excepcional de ese apartado; v) que, dado que esas cuestiones no fueran abordadas en la Ley Modelo, tampoco deberían ser tratadas en los proyectos de recomendación. Frente a esta última sugerencia, se dijo que el proyecto de recomendación 8 se refería expresamente a los grupos de empresas supranacionales y que el Grupo de Trabajo no debía sentirse limitado solo por el hecho de que no hubiera abordado esas cuestiones anteriormente; vi) que se suprima el apartado e), dado que una disposición que permita declarar confidenciales algunas de las comunicaciones se

prestaba a abusos. En el Grupo de Trabajo hubo delegaciones que se opusieron a esa sugerencia por estimar que podrían darse situaciones que justificaran la confidencialidad, con lo cual el apartado e) daba a la recomendación un equilibrio adecuado.

34. Tras deliberar, las delegaciones convinieron en general en que el proyecto de recomendación 8 debería limitarse a disponer que la confidencialidad sería una excepción. Por ello, el Grupo de Trabajo convino en que, después de las palabras "deberán tratarse", se insertaran las palabras ", solo en casos excepcionales,".

Protección de los derechos de las partes afectadas

35. Otra cuestión planteada fue la de que se asegurara que la información que se tuviera por confidencial no fuera comunicada si ello iba en detrimento de los derechos de alguna parte. Se señaló que esta cuestión era disociable del carácter confidencial de la comunicación, de que trataba el apartado e), en el cual no se abordaba el contenido de la información comunicada. A fin de proteger la información confidencial, se propuso que se agregara al proyecto de recomendación un nuevo párrafo f) del siguiente tenor:

> "En toda comunicación deberían respetarse las reglas de rango imperativo de los países entre los que se realice la comunicación, así como los derechos sustantivos de las partes afectadas, en particular la índole confidencial que la ley aplicable reconozca a la información."

36. Frente a esta propuesta se argumentó, por una parte, que la protección de los derechos sustantivos no entraba en el ámbito del régimen de la insolvencia, sino que se regulaba en otras ramas del derecho, como el derecho de los contratos o el derecho constitucional. Pero, por otra parte, se consideró que la inserción de un nuevo apartado sobre la protección de los derechos de las partes afectadas era necesaria, habida cuenta de que la autorización de comunicaciones directas en un contexto transfronterizo constituía una novedad para muchos ordenamientos jurídicos. El término "sustantivo" suscitó reparos por estimarse que tal vez no sería suficiente, ya que los derechos de las partes podrían ser también de carácter procesal. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se agregara al proyecto de recomendación 8 un nuevo apartado f) del tenor propuesto, en el que se hiciera también referencia a los derechos de carácter procesal.

37. Se observó que la recomendación 111 de la Guía Legislativa trataba sobre el carácter confidencial de la información y se estimó que cabría remitirse a esa recomendación en el comentario que acompañe a los proyectos de recomendación. Se recordó que, en el párrafo 182 de la Guía para la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, se explicaba que la puesta en práctica de la cooperación estaba sujeta a toda regla imperativa aplicable en el Estado promulgante, por lo que, en un eventual comentario, cabría remitirse también a ese párrafo.

Proyecto de recomendación 9

38. El principio enunciado en el proyecto de recomendación 9 obtuvo apoyo general. En cuanto a la redacción, se formularon varias propuestas para que quedara más clara la finalidad de la recomendación. Por ejemplo, se propuso que se revisara el encabezamiento de la recomendación de modo que dijera que "el régimen de la insolvencia debería especificar que, en aras de una mayor seguridad jurídica,

debería interpretarse que toda comunicación realizada conforme a las presentes recomendaciones constituirá", o bien "reflejará", modificándose en consecuencia la apertura de cada uno de los párrafos. Otra delegación propuso que se revisara el proyecto de recomendación 9 sustituyéndolo por el texto siguiente:

> "El régimen de la insolvencia debería especificar que el intercambio de comunicaciones con arreglo a las presentes recomendaciones no dará lugar a:
>
> a) Transacción o renuncia alguna, por parte del tribunal, de alguna facultad o responsabilidad suya ni de su autoridad;
>
> b) La resolución, en cuanto al fondo, de alguna cuestión controvertida de la que conozca el tribunal del lugar o el tribunal extranjero;
>
> c) Renuncia, por alguna de las partes, de alguna de sus recomendaciones o derechos sustantivos;
>
> d) Ni a merma alguna de la validez de una orden dictada por el tribunal del lugar o por el tribunal extranjero."

39. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de esta propuesta, a reserva de las revisiones que deban efectuarse para alinear el texto del proyecto de recomendación con el de otros proyectos de recomendación.

Proyecto de recomendación 10

40. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con la propuesta de que sería conveniente incluir en el texto una recomendación del tenor del proyecto de recomendación 10. No obstante, se formularon reservas acerca de la utilización de la palabra "conjunta" para describir el tipo de audiencia prevista. Se sostuvo que el texto debía dejar claro que no habría una fusión de audiencias y que cada tribunal celebraría su propia audiencia de conformidad con los requisitos de la ley del foro, pero que, no obstante, los tribunales podrían deliberar conjuntamente o colaborar entre sí. Se propuso que en el proyecto de recomendación se autorizara al tribunal a celebrar una audiencia en coordinación con un tribunal extranjero. Esta propuesta recibió un amplio apoyo.

41. También se sugirió que, para mayor claridad, se insertara, en el texto del proyecto de recomendación y con los cambios de redacción pertinentes, el contenido de la nota de pie de página referente a esa recomendación. Esta sugerencia también obtuvo un amplio apoyo.

42. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 10 con las revisiones propuestas.

Proyecto de recomendación 11

43. Según una propuesta formulada respecto del proyecto de recomendación 11, tal vez sería conveniente que algunos de los detalles, en particular la segunda frase del apartado a) y los ejemplos mencionados en el apartado e), se trasladaran a un eventual comentario sobre la recomendaciones, a fin de no dar a entender que los ejemplos citados eran exhaustivos. Esta propuesta obtuvo un amplio apoyo.

44. En cuanto a su texto se señaló que las palabras iniciales del apartado c) eran superfluas, pues ya figuraban en la parte introductoria del proyecto de recomendación.

45. Se observó que, a tenor del artículo 26 de la Ley Modelo, la cooperación entre representantes de la insolvencia estaba sujeta a supervisión judicial. Se puso en tela de juicio la conveniencia de adoptar ese criterio en el proyecto de recomendación 11 o el criterio de que la supervisión del tribunal solamente fuera necesaria cuando se tratara de cuestiones sustantivas, como las enunciadas en el apartado e). Frente a este argumento, se sostuvo que, dado que el requisito de supervisión judicial enunciado en el artículo 26 de la Ley Modelo se limitaba específicamente a las cuestiones que entraran en el ámbito del artículo 1 de la misma, no era necesario seguir ese criterio en el proyecto de recomendación 11 ni supeditar la cooperación a tal supervisión. Además, se señaló que las palabras "en la medida en que lo permita la ley" serían suficientes para tener en cuenta todo requisito del derecho interno en materia de supervisión judicial. Prevaleció la opinión de que la supeditación prevista al derecho interno aplicable era suficiente, por lo que no sería necesario prever una mayor supervisión judicial. Se sugirió que en los comentarios a los proyectos de recomendación se analizara el alcance de toda remisión que se hiciera a la ley aplicable, así como los distintos enfoques que adoptaban los regímenes de la insolvencia.

46. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 11 con las revisiones indicadas.

Proyecto de recomendación 12

47. Se propuso ampliar el texto de la recomendación 12 a fin de mencionar, por ejemplo, el lugar de celebración del acuerdo y los medios de comunicación utilizables, así como ciertos medios modernos como la videoconferencia. En respuesta se dijo que la primera frase, tal como estaba redactada, ya enunciaba suficientemente el principio general y que habría que suprimir la segunda frase. La supresión de la segunda frase obtuvo un apoyo general. Se sugirió asimismo que el proyecto de recomendación 12 se antepusiera al proyecto de recomendación 11. El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo con el contenido de la recomendación 12 una vez suprimida su segunda oración y con la inversión del orden de los proyectos de recomendación 11 y 12.

3. Recurso a acuerdos transfronterizos

Proyecto de recomendación 13

48. Respecto del requisito de la aprobación judicial, se sugirió que se enunciara el texto en términos más generales que sean también aplicables a autoridades no judiciales o no supervisoras, como un ministerio, cuya aprobación sea necesaria para ciertos aspectos de un acuerdo transfronterizo como, por ejemplo, de irse a efectuar una distribución con pagos en divisas. A fin de prever esa posibilidad, se sugirió que en el proyecto de recomendación se requiera la aprobación de los tribunales "o de cualquier otra autoridad competente". En sentido contrario, se opinó que basta con hacer referencia a los tribunales y que no había que agregar al texto el requisito de aprobación por esas otras autoridades. A fin de conciliar esos pareceres, se propuso que se dispusiera que los representantes de la insolvencia y otras partes interesadas deberían estar autorizadas a concertar tales acuerdos "en la medida en que lo permita la ley o en el modo en que lo exija la ley", omitiendo toda referencia a una aprobación por parte de los tribunales.

49. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 13 con la revisión indicada.

Proyecto de recomendación 14

50. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación, a reserva de que se sustituyeran las palabras "autorizar a los tribunales a" por "facultar a los tribunales para".

4. Fomento de la coordinación: el representante de la insolvencia

Proyecto de recomendación 15

51. El Grupo de Trabajo apoyó en general la idea de que se pudiera nombrar un mismo representante de la insolvencia para distintos procedimientos de insolvencia, ya que con ello se facilitaría la coordinación entre ellos. Sin embargo, se expresaron reservas por estimarse que ello daría lugar a conflictos de interés, problema ya analizado en el contexto de las cuestiones de ámbito interno (véase A/CN.9/666, párrafo 102, respecto de la recomendación 27, renumerada ahora 231), y acerca de la necesidad de insertar una disposición que prevea adecuadamente esa eventualidad. La sugerencia de alinear el texto de la recomendación 15 con el de la recomendación 231 obtuvo apoyo.

52. Se observó que el proyecto de recomendación 230 (véase A/CN.9/WG.V/WP.85), que preveía el nombramiento de un único o mismo representante para insolvencias en el ámbito interno, lo condicionaba a que "el tribunal determine que redundará en provecho de la sustanciación de los procedimientos de insolvencia" y se propuso que esas palabras o palabras como "en los casos apropiados" se insertaran en el proyecto de recomendación 15. Esa formulación del texto obtuvo apoyo.

53. Otra de las reservas se refería al final de la segunda frase del proyecto de recomendación y a la necesidad de que el representante de la insolvencia quede sujeto a la supervisión del foro competente en cada uno de los Estados en que sea nombrado para ejercer sus funciones. Con ese fin, se propuso que se revisara el final de la segunda frase, de modo que el representante estuviera sujeto a la "supervisión de cada uno de los tribunales que lo haya nombrado". Esta propuesta recibió un amplio apoyo.

54. Una gran mayoría de las delegaciones apoyó la propuesta de que se sustituya la palabra "autorizar" por "facultar" o "permitir", a fin de armonizar el texto del proyecto de recomendación con el del proyecto de recomendación 14.

5. Forma del texto que se prepare sobre los grupos de empresas en situaciones de insolvencia en un contexto internacional

55. El Grupo de Trabajo observó que, pese a estar referidos al tratamiento internacional de los grupos de empresas, los proyectos de recomendación se ocupaban del contenido de la legislación interna, por lo que cabría agregarlos a una tercera parte de la Guía Legislativa, junto con los proyectos de recomendación relativos a las cuestiones internas. Se reconoció que, si bien podría ser conveniente dar al texto la forma de una Ley Modelo, tal vez no sería realista preparar un texto de esa índole en la etapa actual, teniendo en cuenta el tiempo que podría requerir su negociación, la necesidad actual de que se prevean soluciones para los grupos de

empresas a la luz de la crisis financiera mundial, y la dificultad de saber si podía contarse con el apoyo necesario para su negociación. El Grupo de Trabajo convino en que los proyectos de recomendación relativos al tratamiento internacional de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia se incorporaran a la Guía Legislativa como su tercera parte, presentándola en forma idéntica a la de sus dos primeras partes.

B. Cuestiones internas

56. El Grupo de Trabajo prosiguió su examen del tratamiento interno de los grupos de empresas basándose en el documento A/CN.9/WG.V/WP.85.

Glosario

a) Grupo de empresas

57. La propuesta de suprimir la referencia a "una participación importante en su capital" recibió cierto apoyo por considerarse que tal factor resultaría difícil de definir y que bastaba con la noción de "control". Tras deliberar, prevaleció la opinión de que convenía mantener en la definición el criterio de la participación importante en el capital.

b) Empresa

58. El Grupo de Trabajo recordó que en anteriores deliberaciones se había acordado excluir del término "empresa" a las instituciones financieras y a otras instituciones especializadas, al igual que se hacía en el artículo 1.2 de la Ley Modelo y en el párrafo 11 del capítulo I de la segunda parte de la Guía Legislativa. Se convino en revisar la nota 1 de pie de página a fin de recordar claramente esa exclusión.

c) Control

59. Una delegación propuso que en la definición se sustituyera la conjunción "y" por "o", con miras a dar a la definición mayor flexibilidad, por estimarse que su enunciado actual resultaba innecesariamente limitativo. Se respondió a esa propuesta que la cuestión fue largamente debatida en anteriores reuniones y que ambos conceptos se consideraban necesarios. Tras deliberar, prevaleció la opinión de que debería mantenerse en el texto la conjunción "y".

d) Coordinación procesal

60. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la explicación que se daba de "coordinación procesal" en el apartado d).

e) Consolidación patrimonial

61. Algunas delegaciones declararon preferir la segunda opción de la definición, enunciada entre corchetes, por estimar que la noción de "puesta en común" o "mancomunar" expresaba mejor el sentido que tenía la consolidación patrimonial. No obstante, prevaleció el parecer de que la expresión "como si formaran parte de

una única masa de la insolvencia" resultaba preferible a la de "crear una única masa de la insolvencia".

1. Solicitación conjunta

Cláusula de finalidad

Frase introductoria: "dos o más empresas de un grupo"

62. Se planteó la cuestión de si las palabras "dos o más", referidas a las empresas de un grupo, eran redundantes y podían suprimirse, pues en la definición del concepto de "grupo de empresas" ya se explicaba que podía tratarse de dos o más empresas de un grupo. Esta propuesta no obtuvo apoyo.

Apartado d)

63. Se expresó una reserva en el sentido de que el enunciado actual del apartado d) de la cláusula de finalidad daba a entender que la presentación de una solicitud conjunta era el único criterio por el que el tribunal podía decidir si procedía admitir o no la coordinación procesal. A fin de paliar el problema, se propuso que se suprimiera el apartado d), o que se insertara la palabra "suplementario" después de "mecanismo", o que se agregara una nota al pie de la página en la que se aclarara que la solicitud conjunta no era un requisito para dar curso a la coordinación procesal, sino que simplemente facilitaba al tribunal el examen de la cuestión. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la cláusula de finalidad agregándole la nota de pie de página que se había propuesto.

Proyecto de recomendación 199

64. Se expresó el temor de que las últimas palabras del proyecto de recomendación 199 "que cumplan el requisito de apertura aplicable" induzcan a error dando a entender que las empresas del grupo deberán cumplir colectivamente ese criterio de apertura. A fin de subsanar el problema, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 199, sustituyendo, sin embargo, las palabras "que cumplan el requisito de apertura aplicable" por las palabras ", siempre que cada una de ellas satisfaga el criterio de apertura aplicable".

Proyecto de recomendación 200

65. Se convino en insertar, en el encabezamiento de la recomendación, las palabras "El régimen de la insolvencia debería especificar que".

Apartado a)

66. El Grupo de Trabajo convino en que, en aras de la coherencia, se reprodujera también, en el apartado a) del proyecto de recomendación 200, el texto enmendado propuesto para la recomendación 199.

Apartado b)

67. Se observó que podrían darse situaciones en las que fuera conveniente que un acreedor, que no fuera necesariamente un acreedor de cada una de las empresas del grupo, se sumara a los otros acreedores para presentar una solicitud conjunta. A fin

de prever ese caso, se sugirió que el texto del apartado b) dijera: "Uno o más acreedores, siempre y cuando entre los acreedores solicitantes figuren acreedores de cada una de las empresas del grupo que vaya a ser objeto de una solicitud conjunta". Esta propuesta recibió escaso apoyo. Predominó la opinión de que toda persona a la que se permita presentar una solicitud conjunta debía ser acreedora de cada una de las empresas del grupo que se incluyeran en la solicitud conjunta, pues se estimó que, de adoptarse un criterio diferente, podrían incumplirse las disposiciones relativas a la apertura de procedimientos previstas en muchos regímenes internos, dando pie a abusos.

68. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 200 con las revisiones arriba señaladas respecto del encabezamiento del apartado a).

Proyecto de recomendación 201

69. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 201.

2. Coordinación procesal

Cláusula de finalidad

70. No obtuvo apoyo la propuesta de que se extienda el alcance del apartado b) a los criterios de equidad y eficiencia administrativa. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la cláusula de finalidad.

Proyecto de recomendación 202

71. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 202.

Proyecto de recomendación 203

72. Se planteó la cuestión de si la referencia que se hacía al "tribunal" debería hacerse también en plural ("el tribunal y los tribunales"), a fin de aclarar que podría haber más de un tribunal interesado. Se señalaron al Grupo de Trabajo los proyectos de recomendación 201 y 207, en cuyas notas 6 y 8 de pie de página se hacía referencia a la cuestión del tribunal competente. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 203 y convino en que en el comentario se reflejara el debate acerca de los tribunales.

Proyecto de recomendación 204

73. El Grupo de Trabajo convino en suprimir las palabras "de conformidad con el régimen de la insolvencia".

74. Se propuso que, en la lista de ejemplos enunciados en el proyecto de recomendación 204 se insertara el nombramiento de un único o mismo representante de la insolvencia, por tratarse de uno de los medios más eficaces para facilitar la coordinación procesal. En respuesta, se expresaron distintos pareceres. Según uno de ellos, la lista era de carácter ilustrativo y no era necesario que previera todos los medios posibles; además, la cuestión del nombramiento de un único o de un mismo representante de la insolvencia ya se abordaba en la disposición de finalidad relativa al nombramiento de un único o mismo representante de la insolvencia, que figuraba en la parte F. Según otros, debían categorizarse los ejemplos por referencia a los tribunales y al representante de la insolvencia, suprimiéndose los últimos ejemplos,

pues ya se hacía referencia a ellos en el proyecto de recomendación 234, o trasladándose todos ellos al comentario. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en mantener los ejemplos en el texto del proyecto de recomendación y hacer también mención del nombramiento de un único o un mismo representante de la insolvencia.

Proyecto de recomendación 205

75. Se dijo que puesto que la expresión "o posteriormente" era demasiado vaga y podía prestarse a abusos, sería preferible que se fijara un plazo concreto para la presentación de toda solicitud de coordinación procesal. Se respondió que el enunciado actual expresaba mejor la flexibilidad requerida para esta disposición. A fin de responder al temor expresado, se formularon varias propuestas, como la de insertar, después de "o posteriormente", las palabras "siempre que ello sea posible" o "siempre que lo permita la ley aplicable"; la de sustituir el texto "o posteriormente" por: "o si el curso de las actuaciones lo permite"; o la de insertar en el texto una segunda frase que diga: "El régimen de la insolvencia debería especificar el plazo para la presentación de la solicitud de coordinación procesal". Se propuso también que se insertara al pie de la página una nota del tenor de la nota relativa al proyecto de recomendación 220. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 205 con la inclusión de la nota de pie de página propuesta.

Proyecto de recomendación 206

76. Se sostuvo que el tribunal debería poder entablar, por iniciativa propia, la coordinación procesal. El Grupo de Trabajo recordó que ya había examinado esta cuestión en su anterior período de sesiones (A/CN.9/666, párr. 55) y que se había decidido que, dado que en general la Guía no preveía que los tribunales actuaran por iniciativa propia en cuestiones de insolvencia, convendría seguir ese criterio de la Guía. Se señaló que la procedencia de que un tribunal actúe por iniciativa propia respecto de la coordinación procesal se analizaba en el comentario que figuraba en los párrafos 23 y 24 de A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.3.

77. Una delegación partidaria de que, en el proyecto de recomendación 206, se previera la posibilidad de que el tribunal actuara por iniciativa propia observó que podrían darse situaciones en las que fuera conveniente recurrir a una coordinación procesal, pero en las que las partes facultadas para presentar una solicitud, con arreglo al proyecto de recomendación 206, no hicieran uso de ese derecho. Se consideró también que, a menos que en estas recomendaciones se previera dicha posibilidad respecto de los procedimientos de insolvencia, tal vez el derecho procesal general no lo permitiera. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se insertara en el texto una disposición del siguiente tenor: "El régimen de la insolvencia podrá facultar al tribunal para dictar por iniciativa propia una orden de coordinación procesal".

Proyecto de recomendación 207

78. Se sugirió, en cuanto a la redacción, que el texto del proyecto de recomendación 207 se alineara con el del proyecto de recomendación 203 e hiciera referencia únicamente a "el tribunal", suprimiéndose las palabras "o los tribunales".

A fin de aclarar con quién habría que mantener coordinación, se propuso que, en la primera frase, después de la palabra "coordinar", se agregaran los términos "con cualquier otro tribunal competente". Esta propuesta obtuvo un amplio apoyo.

79. Con respecto a la segunda frase, una delegación propuso que se puntualizara que la lista no era exhaustiva y que, con ese fin, se enunciara la frase del siguiente modo: "Esas medidas pueden abarcar, por ejemplo, procedimientos coordinados, audiencias conjuntas y el intercambio y la divulgación de información". El Grupo de Trabajo, recordando que había convenido en no utilizar la expresión "audiencias conjuntas" en relación con cuestiones de ámbito internacional, observó que tales audiencias no planteaban las mismas dificultades en el ámbito interno, por lo que cabía mencionarlas en esa disposición. Se aprobó el contenido del proyecto de recomendación 207 con las revisiones propuestas.

Proyecto de recomendación 208

80. El Grupo de Trabajo aprobó la propuesta de que se mantuviera el texto de la segunda frase, eliminando los corchetes. No obtuvo apoyo la propuesta de que se sustituyeran los verbos "modificar" y "revocar" por "enmendar" y "anular", por estimarse que los términos "modificar" y "revocar" se ajustaban a las palabras empleadas tanto en la Ley Modelo como en la Guía Legislativa.

Proyectos de recomendación 209 y 210

81. Se observó que debería insertarse al pie de la página correspondiente al proyecto de recomendación 209 la misma nota que figura bajo el proyecto de recomendación 201. Con esta adición añadida, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de los proyectos de recomendación 209 y 210.

3. Financiación posterior a la apertura de un procedimiento

Cláusula de finalidad

82. Recibió un amplio apoyo la propuesta consistente en que se limitara el alcance del apartado d) a las empresas del grupo interesadas en la financiación posterior a la apertura agregando, al final del apartado, después de "entre todas las empresas", la palabra "interesadas".

83. El Grupo de Trabajo examinó una serie de propuestas enunciadas en los párrafos 8 a 16 del documento A/CN.9/WG.V/WP.85 relativas a los proyectos de recomendación sobre la financiación posterior a la apertura de un procedimiento.

Proyecto de recomendación 211

84. Una gran mayoría de las delegaciones convino en general en que en el proyecto de recomendación 211 se enunciara el principio general que debería regir la concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento en el contexto de un grupo de empresas y en que en dicho proyecto se hicieran referencias al otorgamiento de una garantía real y de cualquier otro tipo de garantía, y también en que las condiciones para el otorgamiento de tal financiación se expusieran por separado en otra recomendación.

85. Con este fin, se estimó que los apartados a) a c) del proyecto de recomendación 211 podrían ser suficientes si se adoptaban suprimiendo las palabras

que figuraban en el apartado c) después de la primera coma. Según otra propuesta, el proyecto de apartado a) podría ser suficiente, pues era lo bastante genérico para englobar lo dispuesto en los proyectos de apartado b) y c). Frente a esta propuesta se argumentó que los apartados b) y c) no coincidían necesariamente con lo dispuesto en el apartado a) y que daban más detalles sobre los posibles modos en que cabría proporcionar fondos a una empresa tras la apertura de un procedimiento.

86. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en aceptar la primera propuesta, manteniendo los apartados a) a c) del proyecto de recomendación 211, con la supresión del texto indicado.

87. Se señaló, respecto de su texto, que debería alinearse el enunciado del encabezamiento del proyecto de recomendación 211 al ámbito de aplicación de la recomendación, poniendo en claro que tanto el proveedor como el beneficiario de la financiación posterior a la apertura eran ya objeto de un procedimiento de insolvencia.

88. Con respecto a las condiciones aplicables a la concesión de fondos tras la apertura, el Grupo de Trabajo basó sus deliberaciones en la versión de la recomendación 211 que figuraba en los párrafos 10 y 15 de A/CN.9/WG.V/WP.85. Se formularon diversas propuestas acerca del modo en que cabría enunciar esas condiciones.

89. Una gran mayoría de delegaciones convino en que debería requerirse al representante de la insolvencia que hiciera las determinaciones previstas en el apartado a) de la versión del proyecto de recomendación 211 que figuraba en el párrafo 15 del documento y que determinara también la cuestión de los perjuicios enunciada en el apartado c) de esa versión. Se expresó cierto temor acerca de la responsabilidad en que podría incurrir un representante de la insolvencia al que se exigiera hacer tal determinación. Se respondió que esa decisión era realmente una cuestión de asignación del riesgo que debía adoptarse caso por caso, pero que no era un tema que debiera abordarse en el proyecto de recomendación. Se recordó asimismo que la recomendación 63 se expresaba en esos mismos términos.

90. Una gran mayoría de delegaciones convino también en que tanto el tribunal como los acreedores deberían asumir una función en lo que respecta al otorgamiento de financiación posterior a la apertura y que esa función debería especificarse en la variante enunciada en los apartados b) y c) de la versión del proyecto de recomendación 211 que figuraba en el párrafo 15 del documento. Se observó que el cometido asignado a los tribunales y a los acreedores variaba mucho de un régimen de la insolvencia a otro y que, por consiguiente, convendría que en el proyecto de recomendación se adoptara un criterio flexible que permitiera que los Estados, que asignaban un cometido mayor a los tribunales, obraran de igual modo en lo que respecta a la aprobación de financiación posterior a la apertura y que, al mismo tiempo, permitiera que los Estados, que condicionaban la financiación al consentimiento de los acreedores, siguieran dicho criterio. El enunciado actual del apartado c) no especificaba la parte a la que correspondería hacer tal determinación, pero cabía interpretarlo como incluyendo al tribunal. Frente al temor de que el requisito de que los acreedores dieran su “consentimiento” podría resultar demasiado restrictivo, estimándose que sería preferible exigir que no hubieran formulado objeciones, el Grupo de Trabajo recordó que en la recomendación 63 se

hablaba del "consentimiento". Se sugirió que en el comentario se analizaran los medios para la obtención del consentimiento.

91. Tras deliberar, se propuso que cabría considerar el enunciado de la última frase de la recomendación 63 como una posible opción para responder a algunos de los temores expresados. Entre las delegaciones predominó el parecer de que convenía apoyar esa propuesta.

92. El Grupo de Trabajo convino en que se especificara en una recomendación que las salvaguardias enunciadas en las recomendaciones 65 a 67 eran aplicables a la financiación posterior a la apertura prevista en el contexto de los grupos de empresas. Se convino también en que se precisara igualmente en una recomendación que la recomendación 63 era aplicable a la empresa miembro de un grupo que obtuviera la financiación posterior a la apertura.

Proyecto de recomendación 212

93. La propuesta de que se exigiera en el proyecto de recomendación que habría de obtenerse el consentimiento de los acreedores o la aprobación del tribunal en lo que respecta a la prelación otorgada al crédito así obtenido recibió poco apoyo por estimarse que la recomendación 64, en la que este proyecto de recomendación se basaba, requería que esa prelación se especificara en el régimen de la insolvencia y no preveía esos requisitos suplementarios. Ante una pregunta relativa al alcance de la palabra *priority* (grado de prelación), se respondió que este concepto podía interpretarse en sentido amplio entendiéndose como el rango de prelación eventual que cabría atribuir a una parte y se sugirió que se examinara esa cuestión en el comentario. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 212.

Proyectos de recomendación 213 y 214

94. El Grupo de Trabajo convino en que los proyectos de recomendación 213 y 214 podían suprimirse.

95. Se propuso la siguiente versión revisada de los proyectos de recomendación relativos a la financiación posterior a la apertura de un procedimiento y el Grupo de Trabajo convino en proseguir su examen de esas recomendaciones, en un futuro período de sesiones, sobre la base de esa versión.

1. Finalidad de las disposiciones legales

Las disposiciones sobre la financiación otorgada tras la apertura de un procedimiento a un miembro de un grupo de empresas tienen por objeto:

a) Facilitar la obtención de fondos para mantener en marcha o asegurar la supervivencia de los negocios de los miembros de un grupo de empresas que sean objeto de un procedimiento de insolvencia, o para preservar o incrementar el valor de su propia masa de la insolvencia;

b) Facilitar la aportación de fondos por otros miembros de un mismo grupo de empresas, así como por miembros de ese grupo que sean ellos mismos objeto de un procedimiento de insolvencia;

c) Velar por la debida protección de los intereses de quienes aporten fondos tras la apertura de un procedimiento y de toda parte interesada cuyos derechos puedan verse afectados por esa aportación de fondos; y

d) Propiciar el objetivo de lograr una distribución equitativa entre todos los miembros del grupo afectados de los beneficios y perjuicios que puedan derivarse de esa aportación de fondos tras la apertura de un procedimiento.

2. Contenido de las disposiciones legales

Financiación tras la apertura de un procedimiento otorgada, por un miembro del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, a otro miembro del grupo que también lo sea

211A. El régimen de la insolvencia debería permitir que un miembro de un grupo de empresas que sea objeto de un procedimiento de insolvencia:

a) Adelante fondos, tras la apertura de su procedimiento, a otra empresa del grupo que sea también objeto de un procedimiento;

b) Otorgue, tras la apertura de su procedimiento, una garantía real sobre sus propios bienes en respaldo de un crédito obtenido por otro miembro del grupo que sea también objeto de un procedimiento; y

c) Negocie, tras la apertura de su procedimiento, una garantía u otra forma de afianzamiento del reembolso de la financiación concedida a otro miembro del grupo que sea también objeto de un procedimiento.

211B. Cabrá [aportar] [adelantar o facilitar] fondos tras la apertura de un procedimiento, conforme a lo previsto en la recomendación 211A, cuando el representante de la insolvencia del miembro del grupo, que adelante los fondos u otorgue una garantía real o negocie alguna otra forma de garantía o afianzamiento:

a) Determine que esos fondos son necesarios para mantener el funcionamiento o asegurar la supervivencia del negocio de esa otra empresa del grupo;

b) Determine que son necesarios para preservar o incrementar el valor de la masa de la insolvencia de esa otra empresa; y

c) Determine [, con arreglo al régimen de la insolvencia,] que cualquier perjuicio que se ocasione a los acreedores será compensado por el beneficio reportado por el adelanto de esos fondos o por la garantía real u otra forma de afianzamiento otorgada.

211C. El régimen de la insolvencia tal vez exija que el tribunal competente autorice o que los acreedores consientan en que se facilite financiación tras la apertura de un procedimiento, conforme a lo previsto en las recomendaciones 211A y 211B.

Financiación tras la apertura de un procedimiento obtenida, por un miembro del grupo que sea objeto de un procedimiento, de otro miembro del grupo que también lo sea

211D. Con arreglo a la recomendación 63, una empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia podrá obtener financiación, tras la apertura de un procedimiento, cuando el representante de la insolvencia de esa empresa del grupo determine que ese crédito es necesario para mantener o asegurar la supervivencia del negocio de su empresa o para preservar o incrementar el valor de su masa de insolvencia. El régimen de la insolvencia tal vez exija que se obtenga una autorización judicial o que los acreedores consientan en que dicha empresa obtenga la financiación negociada tras la apertura del procedimiento.

Prelación asignable a la financiación negociada tras la apertura de un procedimiento

212. El régimen de la insolvencia debería especificar el rango de prelación aplicable a la financiación otorgada tras la apertura de un procedimiento por un miembro de un grupo de empresas que sea objeto de un procedimiento de insolvencia a otro miembro del grupo que también lo sea.

Garantía real en respaldo de un crédito otorgado tras la apertura de un procedimiento

213. Las recomendaciones 65, 66 y 67 son aplicables al otorgamiento de una garantía real conforme a lo previsto en la recomendación 211A b).

Financiación posterior a la solicitud de apertura de un procedimiento

96. El Grupo de Trabajo examinó este tema basándose en el documento A/CN.9/WG.V/WP.88. Se observó que la financiación posterior a la solicitud de apertura era una especie de medida cautelar necesaria para aliviar la situación de la empresa de un grupo en situación precaria, dado que durante el período que media entre la solicitud y la apertura del procedimiento es difícil obtener la financiación indispensable para seguir adelante. El Grupo de Trabajo convino en incluir el texto propuesto en el comentario con todo cambio que proceda y pidió a la Secretaría que determinara el lugar de inserción apropiado. Además, el Grupo de Trabajo convino en que en el comentario se aclarara la distinción entre financiación posterior a la solicitud de apertura y la financiación posterior a la apertura del procedimiento, particularmente en lo relativo a las salvaguardias, y dejó abierta la posibilidad de que se formulara un proyecto de recomendación sobre financiación posterior a la solicitud de apertura para que fuera examinado ulteriormente.

4. Disposiciones en materia de impugnación

Cláusula de finalidad

97. Se expresaron inquietudes acerca de la cláusula de finalidad y la necesidad de que reflejara claramente que se trataba de actuaciones incoables en el marco de un grupo de empresas. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara la posibilidad de presentarle algún nuevo texto a este respecto, para su futuro examen.

Proyecto de recomendación 215

98. La propuesta de suprimir la segunda frase del proyecto de recomendación 215 no recibió apoyo. Se formuló otra sugerencia consistente en que se adoptara un criterio bien definido para la impugnación de operaciones sospechosas en el contexto de un grupo de empresas, que fuera o bien más flexible o bien más estricto que el aplicable respecto de las operaciones con un único deudor. Se propuso, a dicho fin, que el proyecto de recomendación indicara si el criterio aducible para la impugnación había de ser el perjuicio causado a todo el grupo de empresas o solo el causado a la empresa del grupo interesada. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en no especificar criterio alguno en el proyecto de recomendación 215, sino en mantener en su texto la lista de ejemplos de factores actualmente enunciados que deberá tener en cuenta el tribunal. El Grupo de Trabajo convino en mantener el contenido del texto que figuraba en los dos pares de corchetes, eliminando los corchetes y suprimiendo, en el segundo de ellos, las palabras "sin perjudicar a los acreedores de la empresa o a las empresas del grupo que hayan participado en ella". Se aprobó el contenido del proyecto de recomendación 215 con esta modificación.

Proyecto de recomendación 216

99. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 216 sustituyendo, sin embargo, la palabra "podrá" por "deberá", a fin de dar una mayor seguridad a los acreedores.

5. Consolidación patrimonial

Cláusula de finalidad

100. Se recordó al Grupo de Trabajo que el apartado c) fue agregado a la cláusula de finalidad a fin de aclarar el efecto de una orden de consolidación patrimonial. Se apoyó la inclusión del apartado c) en esa cláusula.

Proyecto de recomendación 217

101. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 217.

Proyecto de recomendación 218

102. No se apoyó la sugerencia de que se insertara la salvedad "a reserva de que se haya abierto un procedimiento de insolvencia" al comienzo del texto del encabezamiento, por estimarse que la insolvencia no debía ser un requisito previo de la consolidación patrimonial, dado que los supuestos esbozados en los apartados a) y b) pudieran dar lugar a que se incluya una entidad aparentemente solvente en la orden de consolidación patrimonial. A título de ejemplo, se señaló que pudiera muy bien suceder, en el contexto de un entramado fraudulento, que se establezca una entidad sin acreedor alguno para que actúe como depositaria de los activos por lo que, al ser difícil solicitar la apertura de un procedimiento contra dicha entidad con arreglo a la normativa habitualmente aplicable, era importante que se dejara abierta la puerta para incluir a esa entidad en el mandato de consolidación patrimonial.

103. Obtuvo apoyo la sugerencia de que se introdujera en el encabezamiento una cláusula limitativa que dijera "en supuestos muy especiales".

104. Se sugirió que el texto "un gasto o una demora injustificados" resultaba demasiado vago, por lo que convendría insertar en el apartado a) un texto que dijera que la solución propugnada "sería la más provechosa para todos los interesados". Dicha propuesta no obtuvo apoyo por razón de que se había de evaluar la situación previa a la consolidación y la situación probable a raíz de la misma, lo que resultaría muy difícil en el caso considerado en el apartado a).

105. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación sin que se hiciera la adición a su encabezamiento anteriormente sugerida.

Proyecto de recomendación 219

106. Hubo acuerdo general en que se suprimiera el texto entre corchetes y se aprobó el contenido del proyecto de recomendación con esa supresión. Se convino asimismo en que se examinaran en el comentario algunas situaciones en las que el proyecto de recomendación 219 resultaría útil.

Proyecto de recomendación 220

107. Se aprobó el contenido del proyecto de recomendación 220, pero señalándose la necesidad de alinear su texto con el del proyecto de recomendación 205 en lo concerniente al significado de la fórmula "en cualquier momento ulterior".

Proyecto de recomendación 221

108. Una propuesta de que se incluyera a los accionistas entre las personas habilitadas para solicitar una consolidación patrimonial no obtuvo suficiente apoyo. Se aprobó el contenido de este proyecto de recomendación.

Proyecto de recomendación 222

109. Se expresó apoyo en favor de que se retuviera el término "consolidada", pudiéndose tal vez insertar en el texto de la recomendación parte de la definición dada del término "consolidación patrimonial". Se aprobó el contenido de este proyecto de recomendación con la revisión sugerida. Se convino en que el comentario describiera adecuadamente el efecto de una orden de consolidación patrimonial, a fin de facilitar la comprensión de este remedio.

110. No obtuvo apoyo una propuesta de que se insertara un apartado adicional en el proyecto de recomendación por el que se recomendara que los acreedores no deberían poder mejorar su posición a resultas de una orden de consolidación patrimonial. Se reconoció, no obstante, que se trataba de una cuestión muy importante, pero que toda recomendación debería ser formulada con suma atención, dado que era probable que algunos acreedores salieran mejor parados que otros a resultas de la consolidación. Se sugirió que cabría limitar el efecto de la recomendación a los créditos salariales y a las garantías reales de los acreedores. El Grupo de Trabajo decidió examinar esa posibilidad en un futuro período de sesiones.

Proyecto de recomendación 223

111. Se convino en insertar la fórmula "en lo posible" en el texto del encabezamiento de esta recomendación, conforme se sugería en el párrafo 23 de

A/CN.9/WG.V/WP.85. Se convino también en que se sustituyera al comienzo del apartado b) el texto "El tribunal determine" por "Se determine que". El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación 223 con esos cambios.

Proyecto de recomendación 224

112. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del proyecto de recomendación, tras indicar que la fórmula que se habría de insertar en el encabezamiento del proyecto 223 debía ser insertada igualmente en el proyecto de recomendación 224.

Proyectos de recomendación 225 y 226

113. Se aprobó el contenido de estos proyectos de recomendación.

Proyecto de recomendación 227

114. Se convino en insertar la palabra "ya" antes de la palabra "adoptados" y se aprobó una recomendación de que se hiciera esa misma adición en el proyecto de recomendación 228. Se aprobó, con esa adición, el contenido de este proyecto de recomendación.

Proyectos de recomendación 228 y 229

115. Se aprobó el contenido de estos proyectos de recomendación.

6. Representante de la insolvencia

Cláusula de finalidad

116. El Grupo de Trabajo convino en que se retuviera el texto entre corchetes que figura en el apartado a).

Proyectos de recomendación 230 y 231

117. Se aprobó el contenido de estos proyectos de recomendación.

Proyecto de recomendación 232

118. El Grupo de Trabajo convino en que se retuviera el texto entre corchetes, pero tal vez reformulándolo ligeramente para que enuncie con más claridad la intención de este proyecto de recomendación. Se pidió a la Secretaría que tuviera en cuenta lo sugerido al revisar este texto. En ese entendimiento, se aprobó el contenido de este proyecto de recomendación.

Proyecto de recomendación 233

119. Se convino en que se reflejaran asimismo en el proyecto de recomendación 233 los cambios convenidos para el proyecto de recomendación 232. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de este proyecto de recomendación.

Proyecto de recomendación 234

120. Se convino en que se alineara, a grandes rasgos, el texto de este proyecto de recomendación con el del proyecto de recomendación 11 concerniente a las cuestiones internacionales, así como en que debía retenerse el texto entre corchetes. En este entendimiento, se aprobó el contenido de este proyecto de recomendación.

7. Plan de reorganización

Cláusula de finalidad

121. Se hicieron diversas propuestas respecto del texto "a fin de preservar el empleo y, siempre que proceda, amparar el valor de las inversiones", entre las que cabe citar las de que se suprima este texto o se altere el orden de sus elementos. Se recordó que ese texto se había utilizado en la cláusula de finalidad de las recomendaciones del capítulo IV de la segunda parte de la Guía Legislativa. Tras deliberar al respecto, se convino en retener el texto conforme estaba.

Proyecto de recomendación 235

122. Se aprobó el contenido de este proyecto de recomendación.

Proyecto de recomendación 236

123. Se aprobó el contenido de este proyecto de recomendación con la retención del término "voluntariamente" y la sustitución en la primera línea del verbo "podrá" por "deberá".

8. Ubicación de las secciones relativas al representante de la insolvencia y al plan de reorganización

124. Respondiendo a la propuesta de que se reconsiderara el orden en el que aparecían las secciones F y G, se observó que figuraban en el mismo orden que en la Guía Legislativa. Tras deliberar al respecto, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que estudiara algo más esta cuestión, teniendo en cuenta su ubicación en la Guía Legislativa.

VI. Repercusión de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual

125. El Grupo de Trabajo inició su debate sobre los problemas de la repercusión de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual que le habían sido remitidos por el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales), basándose en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.87 y A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, así como en un extracto del informe del Grupo de Trabajo VI sobre la labor realizada en su 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/XV/CRP.1/Add.5).

126. El Grupo de Trabajo señaló que, según se había previsto, el texto del documento A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 figuraría en el comentario agregado al proyecto de anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas, relativo a las garantías reales sobre propiedad intelectual. El Grupo de Trabajo expresó su reconocimiento por la coordinación mantenida entre los Grupos

de Trabajo V y VI, estimando que esa coordinación era particularmente importante para lograr que hubiera coherencia entre estas dos Guías Legislativas de la CNUDMI.

127. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de las partes del comentario referentes a la repercusión de la insolvencia de un licenciante o de un licenciatario de propiedad intelectual en una garantía real constituida sobre los derechos de esa parte en virtud de un acuerdo de licencia, conforme a lo expuesto en los párrafos 22 a 40 del documento A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4 y en las conclusiones a que llegó el Grupo de Trabajo VI, así como en las revisiones que este introdujo, en su 15º período de sesiones, que figuraban en el extracto del informe del Grupo de Trabajo VI sobre la labor realizada en su 15º período de sesiones (A/CN.9/WG.VI/XV/CRP.1/Add.5). En particular, el Grupo de Trabajo convino en que se suprimieran los corchetes en el texto del párrafo 36 de A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4. Se señaló que, a fin de garantizar la coherencia con la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, convendría sustituir, en el apéndice de A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4, el término “administrador de la insolvencia” por “representante de la insolvencia”.

E. Nota de la Secretaría sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36º período de sesiones

(A/CN.9/WG.V/WP.85 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-3
II.	Glosario	4
III.	Recomendaciones	5-23
	A. Solicitud conjunta	5
	B. Coordinación procesal	6-7
	C. Financiación posterior a la apertura de un procedimiento	8-16
	D. Disposiciones de impugnación de ciertos actos	17
	E. Consolidación patrimonial	18-23
	F. Representante de la insolvencia	
	G. Plan de reorganización	

I. Introducción

1. En la presente nota se revisan los proyectos de recomendación contenidos en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.82 y Add.1 a 3 partiendo del informe del Grupo de Trabajo V sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones (A/CN.9/666). La nota no incluye el comentario, que se está revisando y ampliando, y que se someterá a la consideración del Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones.

2. Se han incluido varias notas explicativas dirigidas al Grupo de Trabajo que solo tienen por finalidad explicar los cambios que se han introducido en el proyecto de recomendaciones, facilitar el debate y plantear cuestiones para que el Grupo de Trabajo las examine; no se pretende que formen parte del comentario.

3. Actualmente la numeración de las recomendaciones sigue el orden de las de la Guía Legislativa. Los números de la versión anterior de las recomendaciones (A/CN.9/WG.V/WP.82 y Add.1 a 3) figuran entre corchetes para facilitar la referencia y la comparación. También se han mantenido las referencias cruzadas que

remiten a las recomendaciones de "la Guía Legislativa" en aras de la claridad y para facilitar la lectura pero, como ya se ha dicho (A/CN.9/WG.V/WP.82, párrafo 2), esas palabras podrían suprimirse en el texto definitivo.

II. Glosario

a) "Grupo de empresas": el que está formado por dos o más empresas que están vinculadas entre sí por alguna forma de control o una participación importante en su capital;

b) "Empresa": toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica y que pueda estar regulada por el régimen de la insolvencia;[1]

c) "Control": la capacidad de determinar, directa o indirectamente, las políticas operacional y financiera de una empresa;

d) "Coordinación procesal": administración coordinada de dos o más procedimientos de insolvencia abiertos contra diversas empresas de un grupo. Cada empresa sigue siendo una entidad separada y distinta, con su propio activo y pasivo;[2]

e) "Consolidación patrimonial": tratamiento del activo y el pasivo de dos o más empresas de un grupo como si formaran parte de una única masa de la insolvencia[3] [la combinación del activo y el pasivo de dos o más empresas de un grupo a fin de crear una única masa de la insolvencia].

Nota para el Grupo de Trabajo

4. En el párrafo f) se ha incluido una formulación alternativa para su examen por el Grupo de Trabajo. En esa formulación se utiliza la palabra "combinación", y no "tratamiento", para describir con más claridad la forma en que se combinan los activos y pasivos a raíz de un mandamiento de consolidación patrimonial.

---

[1] En consonancia con el criterio adoptado [en la *Guía Legislativa*] con respecto a los deudores individuales, esta parte se concentra en el hecho de que la entidad realice alguna actividad económica y pertenezca a la clase de entidades conceptualizadas como "empresas". No abarca ni a los consumidores ni a otras entidades que no se rijan por el régimen de la insolvencia de un país conforme a lo previsto en las recomendaciones 8 y 9 *supra*.

[2] El concepto de coordinación procesal se explica de forma pormenorizada en el comentario, véanse los párrs. ... *supra*.

[3] En lo que respecta a los efectos de la consolidación patrimonial y el tratamiento de las garantías reales, véanse las recomendaciones 222 y 223 y el comentario contenido en los párrs. ...

III. Recomendaciones

A. Solicitud conjunta

1. Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a la solicitud conjunta [4] de apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a dos o más empresas de un grupo tienen por objeto:

a) Facilitar el examen coordinado de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia con respecto a dos o más empresas de un grupo;

b) Facultar al tribunal para obtener información relativa al grupo de empresas que facilite la decisión de decretar la apertura de procedimientos con respecto a las empresas del grupo;

c) Aumentar la eficiencia y reducir los gastos relacionados con la apertura de esos procedimientos; y

d) Proporcionar un mecanismo para que el tribunal pueda coordinar esos procedimientos.

2. Contenido de las disposiciones legislativas

Solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia

199. [1] El régimen de la insolvencia puede especificar que se pueda presentar una solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a dos o más empresas de un grupo que cumplan el requisito de apertura aplicable[5].

Personas que podrán presentar una solicitud conjunta

200. [1] Podrán presentar una solicitud conjunta:

a) Las empresas de un grupo que cumplan el requisito de apertura aplicable de acuerdo con la recomendación 15 [de la *Guía Legislativa]*; o

b) Un acreedor a condición de que sea acreedor de cada una de las empresas del grupo que se va a incluir en la solicitud conjunta.

Tribunales competentes

201. [2] A los efectos de la recomendación 13 [de la *Guía Legislativa*], las palabras "para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el curso de las actuaciones", se

[4] Una aplicación conjunta de apertura no afecta a la identidad propia de cada empresa del grupo incluida en la solicitud; cada empresa sigue siendo una entidad separada y distinta.

[5] Véase la recomendación 15 *supra*, que se refiere a las solicitudes de los deudores, y la recomendación 16, que trata de las solicitudes de los acreedores.

refieren también a una solicitud conjunta de apertura de procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas del grupo[6].

3. Nota para el Grupo de Trabajo

5. Las palabras "El régimen de la insolvencia debería indicar que" se han suprimido de la recomendación 201 porque se pretende que el texto ayude a interpretar la recomendación 13 y no que sea una recomendación para incluir una disposición concreta en el régimen de la insolvencia.

B. Coordinación procesal

1. Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a la coordinación procesal de los procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo tienen por objeto:

a) Facilitar la sustanciación coordinada de esos procedimientos de insolvencia y respetar, al mismo tiempo, la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo; y

b) Mejorar la rentabilidad de los acreedores y ahorrar gastos.

2. Contenido de las disposiciones legislativas

Coordinación procesal de dos o más procedimientos de insolvencia

202. [3 a)] El régimen de la insolvencia debería especificar que la sustanciación de los procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo podrá ser coordinada para fines procesales.

203. [4] El régimen de la insolvencia debería especificar que, si así lo solicita una persona facultada para presentar una solicitud conforme a lo estipulado en la recomendación 206, el tribunal podrá decretar la coordinación procesal.

204. [3 b)] La coordinación procesal podrá abarcar, por ejemplo, el envío conjunto de notificaciones; la coordinación de los procedimientos para la presentación de créditos de conformidad con el régimen de la insolvencia; la coordinación de procedimientos de impugnación de ciertos actos; la cooperación entre tribunales, incluida la coordinación de las audiencias; y la cooperación entre representantes de la insolvencia, incluido el intercambio de información y la coordinación de las negociaciones. [3 a)] El alcance y la magnitud de la coordinación procesal deberán ser especificados por el tribunal.

Solicitudes de coordinación procesal

- *Momento de presentar la solicitud*

205. [3 c)] La solicitud de coordinación procesal podrá presentarse al mismo tiempo que la solicitud de apertura de procedimientos de insolvencia o posteriormente.

---

[6] Los criterios que podrían ser pertinentes para determinar el tribunal competente se analizan en el comentario, véanse los párrs. ... *supra*.

- *Personas que podrán presentar una solicitud de coordinación procesal*

206. [4] El régimen de la insolvencia debería especificar que la solicitud de coordinación procesal podrá ser presentada por:

a) Una empresa del grupo que sea objeto de una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia o esté sujeta a un procedimiento de esa índole;

b) El representante de la insolvencia de una empresa del grupo; o

c) Un acreedor[7] de una empresa del grupo que sea objeto de una solicitud de apertura de procedimientos de insolvencia o esté sujeta a un procedimiento de esa índole.

- *Coordinación del examen de una solicitud de coordinación procesal*

207. [5] El régimen de la insolvencia debería especificar que el tribunal o los tribunales[8] podrán tomar medidas apropiadas para coordinar el examen de una solicitud de coordinación procesal de los procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo. Esas medidas pueden abarcar: audiencias coordinadas y conjuntas; y el intercambio y la revelación de información.

Modificación o revocación del mandamiento de coordinación procesal

208. [7] El régimen de la insolvencia debería especificar que podrá modificarse o revocarse un mandamiento de coordinación procesal, con tal de que ninguna de las medidas o decisiones tomadas en cumplimiento del mandamiento se vea afectada por la modificación o revocación. [Los tribunales que hayan decretado la coordinación procesal podrán tomar medidas apropiadas para coordinar la modificación o revocación de dicha coordinación.]

Tribunales competentes

209. [8] A los efectos de la recomendación 13 [de la Guía Legislativa], las palabras "para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el curso de las actuaciones" se refieren también a las solicitudes y los mandamientos de coordinación procesal de los procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo.

Notificación de la coordinación procesal

210. [9] El régimen de la insolvencia debería establecer requisitos para la notificación de las solicitudes y los mandamientos de coordinación procesal y de la modificación o revocación de estos, entre otras cosas, el alcance y la

[7] Para poder presentar una solicitud de coordinación procesal no es preciso que un acreedor sea acreedor de todas las empresas del grupo respecto de las cuales trata de obtener la coordinación procesal.

[8] La coordinación puede abarcar diferentes tribunales competentes con respecto a distintas empresas de un mismo grupo o a un único tribunal que sea competente respecto de diversos procedimientos de insolvencia relacionados con empresas del mismo grupo.

magnitud del mandamiento, a quién ha de notificarse y qué parte ha de hacerlo y el contenido de la notificación.

3. Nota para el Grupo de Trabajo

6. Se han revisado las recomendaciones 202 a 204 para tener en cuenta el debate celebrado en el Grupo de Trabajo acerca de la necesidad de que el tribunal examine la coordinación procesal partiendo de una solicitud. El proyecto de recomendación 202 está formulado a modo de disposición general de habilitación. El proyecto de recomendación 203 estipula que el tribunal podrá decretar la coordinación procesal basándose en una solicitud presentada con arreglo a lo dispuesto en el proyecto de recomendación 206, y en el proyecto de recomendación 204 se explica lo que puede abarcar la coordinación procesal.

7. Tal vez el Grupo de Trabajo desee examinar la última oración, que se ha agregado a la recomendación 208 para asegurar la coordinación entre los tribunales durante todo el proceso.

C. Financiación posterior a la apertura de un procedimiento

1. Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones sobre la financiación otorgada tras la apertura del procedimiento en lo que respecta a los grupos de empresas tienen por objeto:

a) Facilitar la obtención de financiación para mantener en marcha los negocios de las empresas del grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de la masa de la insolvencia de dichas empresas;

b) Facilitar la concesión de fondos por parte de empresas de un grupo, incluso por parte de las que estén sujetas a un procedimiento de insolvencia;

c) Velar por la debida protección de quienes aporten fondos tras la apertura y de las partes cuyos derechos puedan verse afectados por la concesión de tales fondos; y

d) Fomentar el objetivo de lograr una distribución equitativa de los beneficios y perjuicios entre todas las empresas de un grupo.

2. Contenido de las disposiciones legislativas

Concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento de insolvencia por parte de una empresa de un grupo sujeta a tal procedimiento

211. [10] El régimen de la insolvencia debería permitir que la empresa de un grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia:

a) Adelantara fondos, tras la apertura de un procedimiento, a otras empresas del grupo también sujetas al procedimiento;

b) Pignorara sus bienes como garantía para la concesión de fondos, tras la apertura del procedimiento de insolvencia, a otras empresas del grupo también sujetas a dicho procedimiento; y

c) Diera una garantía real o de otra índole para el reembolso de los fondos obtenidos, tras la apertura, por otras empresas del grupo sujetas al procedimiento de insolvencia, siempre y cuando el representante de la empresa del grupo que conceda los fondos, que pignore sus bienes o que dé una garantía lo estime necesario para mantener en marcha los negocios de dicha empresa del grupo o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de la masa de la insolvencia de tal empresa. El régimen de la insolvencia puede requerir que el tribunal dé su autorización o que consientan en ello los acreedores de la empresa del grupo que conceda el préstamo, que pignore sus bienes o que dé una garantía.

Prelación de los préstamos otorgados con posterioridad a la apertura de un procedimiento

212. [11] El régimen de la insolvencia debería especificar el grado de prelación que debería darse a los préstamos otorgados después de la apertura por una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia a otra empresa del mismo grupo también sujeta a dicho procedimiento.

Garantías en respaldo de toda financiación posterior a la apertura de un procedimiento

213. [12] El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa de un grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia podrá otorgar a otra empresa del mismo grupo, también sujeta a un procedimiento de esta índole, una garantía real del tipo mencionado en la recomendación 65 [de la *Guía Legislativa*] para que reembolse el crédito que se le haya concedido después de la apertura del procedimiento, siempre y cuando los acreedores den su consentimiento o se determine, de conformidad con el régimen de la insolvencia, que todo perjuicio que sufran eventualmente los acreedores quedará compensado por los beneficios obtenidos gracias al otorgamiento de la garantía real[9].

Garantía real o de otra índole para el reembolso de la financiación otorgada tras la apertura de un procedimiento de insolvencia

214. [13] El régimen de la insolvencia debería especificar que una empresa de un grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia podrá dar una garantía real o de otra índole para el reembolso de los fondos obtenidos, tras la apertura del procedimiento, por otra empresa del grupo también sujeta a un procedimiento de este tipo, siempre y cuando los acreedores den su consentimiento o se determine, de conformidad con el régimen de la insolvencia, que los perjuicios que eventualmente sufran los acreedores quedarán compensados por los beneficios resultantes del otorgamiento de la garantía real o de otra índole que respalde el reembolso.

[9] En las recomendaciones 66 y 77 [de la *Guía Legislativa*] se enuncian las salvaguardias aplicables al otorgamiento de una garantía real para respaldar la financiación concedida después de la apertura. Esas salvaguardias resultarían aplicables también al otorgamiento de una garantía real en el contexto de un grupo de empresas.

3. Nota para el Grupo de Trabajo

8. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la relación que puede haber entre los proyectos de recomendación 211, 213 y 214 y las normas y condiciones aplicables a cada proyecto de recomendación, que se analizan en los párrafos siguientes.

9. En los proyectos de recomendación 213 y 214, tal y como están redactados actualmente, se repite parte del proyecto de recomendación 211, es decir, los párrafos b) y c). El propósito de la recomendación 211 era enunciar el principio general de que una empresa del grupo sujeta a un procedimiento de insolvencia podía adelantar fondos o facilitar la concesión de fondos, tras la apertura del procedimiento de insolvencia, a otra empresa del mismo grupo también sujeta a tales procedimientos. Al abordar la cuestión de la concesión de fondos tras la apertura del procedimiento, en este proyecto de recomendación se ha querido complementar la recomendación 63, que se refiere a la obtención de fondos tras la apertura del procedimiento.

10. Si se va a conservar el proyecto de recomendación 211 como declaración general de principio, podrían eliminarse los párrafos b) y c) y se podría modificar el párrafo a) de la siguiente manera, de modo que la frase "facilitando la concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento" se refiera al otorgamiento de una garantía real o de otra índole conforme a lo dispuesto en los proyectos de recomendación 213 y 214:

> 211. El régimen de la insolvencia debería permitir que la empresa de un grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia adelante fondos o facilite la concesión de fondos, tras la apertura de un procedimiento de insolvencia, a otras empresas del mismo grupo también sujetas a un procedimiento de insolvencia, siempre y cuando el representante de la empresa del grupo que adelante fondos o facilite la concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento lo estime necesario para mantener en marcha los negocios de dicha empresa del grupo o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de la masa de la insolvencia de tal empresa. El régimen de la insolvencia puede requerir que el tribunal dé su autorización o que consientan en ello los acreedores de la empresa del grupo que adelante fondos o facilite la concesión de fondos tras la apertura del procedimiento.

11. Hay una segunda cuestión, que se refiere a la condición impuesta en el proyecto de recomendación 211 y a los requisitos contenidos en los proyectos de recomendación 213 y 214. La condición impuesta en el proyecto de recomendación 211 repite la condición contenida en la recomendación 63, que requiere que el representante de la insolvencia estime necesario obtener fondos tras la apertura del procedimiento. La segunda oración apunta a la posibilidad de que el régimen de la insolvencia también requiera que el tribunal o los acreedores de la empresa que adelante fondos o facilite la concesión de fondos tras la apertura del procedimiento den se autorización o su consentimiento.

12. Los proyectos de recomendación 213 y 214 contienen requisitos relativos al consentimiento de los acreedores (sin especificar si los acreedores que han de dar su consentimiento son los de la empresa del grupo que adelante o facilite la concesión de fondos, los de la empresa del grupo que los reciba, o ambos) y una determinación

de los perjuicios (como no se especifica quién ha de hacer tal determinación, no queda claro de qué forma guarda relación con la determinación de que es necesario que así se haga, lo cual, conforme a lo dispuesto en el proyecto de recomendación 211, corresponderá al representante de la insolvencia). El Grupo de Trabajo podría tomar nota de que la recomendación 65, que es la base del proyecto de recomendación 213, no contiene requisitos relativos al consentimiento de los acreedores ni a una determinación de los perjuicios para el otorgamiento de una garantía real.

13. El requisito del consentimiento en los proyectos de recomendación 213 y 214 responde a la posibilidad planteada en la última oración del proyecto de recomendación 211.

14. Por ello, conforme a los actuales proyectos de recomendación, para proporcionar fondos tras la apertura de un procedimiento se requieren: a) una determinación por el representante de la insolvencia de que es necesario obtener fondos tras la apertura del procedimiento (proyecto de recomendación 211) y b) el consentimiento de los acreedores o una determinación de los perjuicios y los beneficios (proyectos de recomendación 213 y 214).

15. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si los requisitos contenidos en el proyecto de recomendación 211 podrían tener que ajustarse a los de los proyectos de recomendación 213 y 214. Por ejemplo, el proyecto de recomendación 211 podría contener el requisito relativo al consentimiento de los acreedores o una determinación de los perjuicios y beneficios de la siguiente manera:

> 211. El régimen de la insolvencia debería permitir que la empresa de un grupo que esté sujeta a un procedimiento de insolvencia adelantara fondos o facilitara la concesión de fondos, tras la apertura de un procedimiento, a otras empresas del mismo grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia, siempre y cuando:
>
> a) El representante de la insolvencia de la empresa del grupo que adelantara fondos o facilitara la concesión de fondos tras la apertura de un procedimiento lo estime necesario para mantener en marcha los negocios de dicha empresa del grupo o garantizar su supervivencia, o para preservar o incrementar el valor de la masa de la insolvencia de tal empresa; y
>
> b) Los acreedores de la empresa del grupo que adelantara fondos o facilitara la concesión de fondos tras la apertura del procedimiento consientan en ello; o
>
> c) De conformidad con el régimen de la insolvencia se determine que todo perjuicio que eventualmente sufran los acreedores quedará compensado por los beneficios obtenidos gracias al adelanto de los fondos o la facilitación de la concesión de los fondos tras la apertura del procedimiento.

16. Con esta redacción se mantiene la norma del párrafo a) como primer requisito, con la adición de la norma del párrafo b) o del párrafo c). Cabría interpretar el párrafo c) en el sentido de que en la segunda oración incluye la referencia a la aprobación por el tribunal, contenida en el anterior proyecto de recomendación 211 (que refleja la segunda oración de la recomendación 63). Otra posibilidad consistiría en combinar la determinación prevista en el párrafo a) con la prevista en el párrafo c).

D. Disposiciones de impugnación de ciertos actos

1. Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones en materia de impugnación entre empresas de un grupo tienen por objeto:

a) Velar por la integridad de las masas de la insolvencia de dos o más empresas del grupo sujetas a procedimientos de insolvencia;

b) Velar por el tratamiento equitativo de los acreedores de las empresas del grupo, tanto si pertenecen al grupo como si no;

c) Establecer reglas claras para las circunstancias en que una operación entre empresas del mismo grupo antes de la apertura de procedimientos de insolvencia con respecto a bienes pertenecientes a empresas del grupo pueda ser considerada perjudicial y sea por tanto impugnable y anulable; y

d) Facilitar la recuperación de dinero o de bienes en poder de personas, incluso empresas del grupo, que hayan participado en alguna operación anulada.

2. Contenido de las disposiciones legislativas

Operaciones anulables

215. [14] El régimen de la insolvencia debería especificar que, al considerar si debe o no ser anulada una operación del tipo mencionado en los párrafos a), b) o c) de la recomendación 87 [de la *Guía Legislativa*] que se haya concertado entre empresas del grupo o entre una empresa del grupo y otras personas allegadas, el tribunal podrá tomar en consideración las circunstancias en que se haya efectuado la operación. Entre esas circunstancias cabe mencionar: [la relación entre las partes en la operación dentro del grupo de empresas]; el grado de integración entre las empresas del grupo que hayan intervenido en la operación; la finalidad de la operación; [si la operación contribuyó a los negocios del grupo en conjunto sin perjudicar a los acreedores de la empresa o las empresas del grupo que hayan participado en ella]; y si, gracias a la operación, las empresas del grupo u otras personas allegadas han obtenido ventajas que normalmente no se otorgarían entre partes no allegadas.

Elementos para obtener la anulación y excepciones alegables

216. [15] El régimen de la insolvencia podrá especificar la manera en que cabrá aplicar los elementos mencionados en la recomendación 97 [de la *Guía Legislativa*] al impugnar operaciones en el contexto de un grupo de empresas[10].

3. Nota para el Grupo de Trabajo

17. De conformidad con la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo de incluir una referencia a las personas y a las empresas del grupo, se ha revisado el párrafo d) de la cláusula de finalidad. También se ha revisado el proyecto de

[10] Es decir, los elementos que habrán de probarse para obtener la anulación, la carga de la prueba, las excepciones invocables contra la impugnación, y la aplicabilidad de ciertas presunciones.

recomendación 215 para incluir el concepto de que las operaciones que puedan impugnarse en el contexto de un grupo de empresas pueden efectuarse entre empresas del grupo, pero también entre empresas del grupo y otros allegados. Este último tipo de operación, especialmente en los casos en que los allegados sean personas físicas, como propietarios o directores u otros cargos, también puede plantear cuestiones propias de los grupos de empresas. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si conviene mantener esas revisiones. A los factores que puede tomar en consideración el tribunal se ha agregado otro, que se centra en las operaciones que benefician al grupo sin perjudicar a los acreedores.

E. Consolidación patrimonial

1. Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a la consolidación patrimonial tienen por objeto:

a) Autorizar por ley la consolidación patrimonial y respetar, al mismo tiempo, el principio básico de la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo;

b) Especificar las circunstancias sumamente limitadas en que cabrá recurrir a la consolidación patrimonial en aras de la transparencia y la previsibilidad; y

[c) Especificar el efecto de un mandamiento de consolidación patrimonial, incluido el tratamiento de las garantías reales.]

2. Contenido de las disposiciones legislativas

Excepciones al principio de la identidad jurídica propia

217. [16] El régimen de la insolvencia debería respetar la identidad jurídica propia de cada empresa de un grupo. Toda excepción a esta regla deberá estar fundada en alguno de los motivos enunciados en la recomendación 218.

Circunstancias en que podrá procederse a una consolidación patrimonial

218. [17] Si así lo solicita una persona habilitada para presentar una solicitud con arreglo a la recomendación 221, el régimen de la insolvencia podrá autorizar al tribunal para ordenar una consolidación patrimonial contra dos o más empresas del grupo, si se dan las circunstancias siguientes:

a) El tribunal llega al convencimiento de que el activo y el pasivo de las empresas afectadas del grupo están de tal forma entremezclados que no cabría deslindar la titularidad de los bienes y de las obligaciones sin incurrir en un gasto o una demora injustificados; o

b) Las empresas del grupo practican actividades fraudulentas o intervienen en negocios sin legitimidad comercial alguna y el tribunal está convencido de que la consolidación patrimonial puede resultar esencial para enderezar dichas actividades o negocios.

Exclusiones a la consolidación patrimonial

219. [21] El régimen de la insolvencia podrá especificar que, [en circunstancias poco habituales], el tribunal podrá excluir de una orden de consolidación patrimonial determinados bienes y créditos.

Solicitud de consolidación patrimonial

- *Momento de presentar la solicitud*

220. [18 b)] El régimen de la insolvencia debería especificar que podrá presentarse una solicitud de consolidación patrimonial al solicitar la apertura de un procedimiento de insolvencia con respecto a dos o más empresas del grupo o en cualquier momento ulterior[11].

- *Personas que podrán presentar una solicitud de consolidación patrimonial*

221. [18 a)] El régimen de la insolvencia debería indicar cuáles son las personas que podrán presentar una solicitud de consolidación patrimonial, entre las que podrán figurar toda empresa del grupo, el representante de la insolvencia de toda empresa del grupo o todo acreedor de alguna empresa del grupo.

Efecto de una orden de consolidación patrimonial

222. [19] El régimen de la insolvencia debería especificar que una orden de consolidación patrimonial dará lugar a[12]:

a) La creación de una [única] masa [consolidada] de la insolvencia con respecto a las empresas del grupo que sean objeto de la orden emitida;

b) La cancelación de los créditos y las deudas entre empresas del mismo grupo que sean objeto de la orden emitida; y

c) La transformación de los créditos contra las empresas del grupo afectadas por dicha orden en créditos contra la [única] masa patrimonial [consolidada].

Tratamiento de las garantías reales en el marco de una consolidación patrimonial

223. [20] El régimen de la insolvencia debería respetar toda garantía y su prelación sobre algún bien gravado de una empresa del grupo que sea objeto de una orden de consolidación patrimonial, salvo que:

a) La deuda garantizada sea puramente interna entre empresas del grupo y se haya cancelado a resultas de la consolidación;

b) El tribunal determine que la garantía se obtuvo fraudulentamente con la connivencia del acreedor; o

---

[11] La inviabilidad de ordenar una consolidación patrimonial en una etapa avanzada de los procedimientos de insolvencia se analiza en el comentario, véanse los párrs. ... *supra*.

[12] El efecto en las garantías reales se aborda en la recomendación 223.

c) La operación constitutiva de la garantía sea impugnable de conformidad con las recomendaciones 88 [de la *Guía Legislativa*] y 215.

Reconocimiento de la prelación en el marco de una consolidación patrimonial

224. [19 d)] El régimen de la insolvencia debería especificar que en una consolidación patrimonial deberá reconocerse el orden de prelación establecido con arreglo al régimen de la insolvencia y aplicable a las distintas empresas del grupo antes de emitirse una orden de consolidación patrimonial.

Reuniones de acreedores

225. [19 d)] El régimen de la insolvencia debería especificar que, en tanto en cuanto la ley requiera que se celebre una reunión de acreedores una vez se haya emitido una orden de consolidación patrimonial, tendrán derecho a asistir a ella todas las empresas del grupo afectadas.

Cálculo del período de sospecha en el marco de una consolidación patrimonial

226. 1) [22] El régimen de la insolvencia debería indicar la fecha a partir de la cual se ha de calcular el período de sospecha para la determinación de las operaciones impugnables del tipo mencionado en la recomendación 87 [de la *Guía Legislativa*], al ordenarse una consolidación patrimonial.

2) De ordenarse la consolidación patrimonial simultáneamente a la apertura del procedimiento de insolvencia, la fecha a partir de la cual se ha de calcular retroactivamente el período de sospecha deberá ser fijada con arreglo a lo previsto en la recomendación 89 [de la *Guía Legislativa*].

3) De ordenarse la consolidación subsiguientemente a la apertura del procedimiento de insolvencia, la fecha a partir de la cual se ha de calcular retroactivamente el período de sospecha podrá ser:

a) Una fecha distinta para cada empresa del grupo incluida en la orden de consolidación, pudiendo ser tanto la fecha de la solicitud de apertura como la fecha de apertura del procedimiento de insolvencia respecto de cada empresa del grupo, conforme a lo previsto en la recomendación 89 [de la *Guía Legislativa*]; o

b) Una misma fecha para todas las empresas del grupo a las que sea aplicable la consolidación patrimonial, que corresponderá a la fecha de presentación de la primera solicitud de apertura de un procedimiento o a la fecha de apertura de tal procedimiento contra cualquiera de ellas.

Modificación de una orden de consolidación patrimonial

227. [23] El régimen de la insolvencia debería especificar que una orden de consolidación patrimonial podrá ser modificada, con tal de que no se vean afectados los actos o decisiones adoptados a raíz de la orden de consolidación que se vaya a modificar[13].

[13] No se pretende que la utilización de la palabra “modificación” incluya la revocación de una orden de consolidación patrimonial.

Tribunal competente

228. [24] A los efectos de la recomendación 13 [de la Guía Legislativa], las palabras "para abrir y sustanciar procedimientos de insolvencia, así como para conocer de las cuestiones que se planteen en el curso de las actuaciones" se refieren también a la solicitud y a la emisión de una orden de consolidación patrimonial[14].

Notificación

229. [25] El régimen de la insolvencia debería establecer los requisitos para dar aviso de toda solicitud de consolidación patrimonial presentada y de toda orden emitida, así como de toda solicitud de modificación de una consolidación patrimonial presentada y de toda orden emitida, indicándose además las partes a las que se deberá dar aviso, así como el autor de dicho aviso y su contenido.

3. Nota para el Grupo de Trabajo

Cláusula de finalidad

18. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar las siguientes revisiones a la cláusula de finalidad. Se ha agregado al párrafo b) el párrafo a) de la versión anterior porque, si bien el respeto de la identidad jurídica propia de cada empresa del grupo es un principio fundamental de estas recomendaciones sobre las empresas de un grupo, en sí mismo no es una finalidad de las disposiciones relativas a la consolidación patrimonial. El anterior párrafo d), que se refería al establecimiento de normas y procedimientos objetivos en qué fundar una consolidación patrimonial, se ha suprimido porque ya se enuncian normas objetivas en el párrafo b). Se ha agregado el párrafo c) porque es importante especificar claramente el efecto de una orden de consolidación patrimonial.

Proyecto de recomendación 217

19. Atendiendo a una decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 35º período de sesiones (A/CN.9/666, párrs. 83 y 84) y para que se ajuste al enfoque adoptado en el proyecto de recomendación 203 (coordinación procesal) se ha revisado el encabezamiento, dejando bien claro que puede obtenerse una consolidación patrimonial si así se solicita al tribunal, caso en que la cuestión de las personas que pueden presentar la solicitud se aborda en el proyecto de recomendación 221.

Proyecto de recomendación 218

20. Actualmente el proyecto de recomendación se refiere a las empresas del grupo que practican alguna de las actividades o negocios especificados. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se precisan más explicaciones en el comentario para que quede claro que esa actividad debe seguir practicándose al presentar una solicitud de consolidación patrimonial, o si también se incluirían las actividades que

[14] Los criterios que podrían ser pertinentes para determinar el tribunal competente se analizan en el comentario, véanse los párrs. ... *supra*.

se hubieran realizado en fecha muy cercana a la apertura de los procedimientos de insolvencia.

Proyecto de recomendación 219

21. Este proyecto de recomendación se refería anteriormente a las órdenes de consolidación patrimonial parcial, concepto que daba lugar a una cierta confusión y se prestaba a malentendidos. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar si sería más claro permitir que algunos bienes y créditos quedaran excluidos de una orden de consolidación patrimonial, en vez de crear lo que parecería ser un segundo tipo de consolidación patrimonial. Aunque es posible que la necesidad de tales exclusiones se plantee raramente, de incluirse tal posibilidad es posible que mejorara la flexibilidad de las recomendaciones. Se podría incluir en el comentario un análisis de las circunstancias y ejemplos pertinentes.

Proyecto de recomendación 222

22. En aras de la claridad, se ha agregado al proyecto de recomendación el párrafo a), en el que se especifica la creación de una única masa de la insolvencia, pues este es uno de los efectos clave de una orden de consolidación patrimonial. Esta adición refleja la decisión adoptada por el Grupo de Trabajo en su 35º período de sesiones (A/CN.9/666, párr. 88). El párrafo c) del anterior proyecto de recomendación, que se refería al reconocimiento del orden de prelación, se ha incluido en una recomendación separada por considerarse que ese reconocimiento no es efecto de la consolidación patrimonial, sino un principio básico que debe respetarse.

Proyecto de recomendación 223

23. Este proyecto de recomendación establece el principio general de que en una consolidación patrimonial debe respetarse el orden de prelación. Tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar en qué medida cabría calificar el requisito del reconocimiento agregando palabras tales como “en la medida de lo posible” (véase A/CN.9/666, párrafo 88).

F. Representante de la insolvencia

1. Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas al nombramiento del representante de la insolvencia en el contexto de un grupo de empresas tienen por objeto:

a) [Permitir el nombramiento de un único o de un mismo representante de la insolvencia] para facilitar la coordinación de los procedimientos que se hayan abierto respecto de dos o más empresas de un grupo; y

b) Alentar, en supuestos en que se nombren dos o más representantes de la insolvencia, la cooperación entre dichos representantes con miras a evitar que se duplique la labor, facilitar el intercambio de información sobre la situación financiera y comercial del grupo de empresas en su conjunto, y reducir gastos.

2. Contenido de las disposiciones legislativas

Nombramiento de un único o un mismo representante de la insolvencia

230. [26] El régimen de la insolvencia debería especificar que, cuando el tribunal determine que redundará en provecho de la sustanciación de los procedimientos de insolvencia de dos o más empresas de un grupo, podrá nombrarse un único o un mismo representante de la insolvencia para sustanciar esos procedimientos.

Conflicto de intereses

231. [27] El régimen de la insolvencia debería prever medidas para dirimir todo conflicto de intereses que pudiera surgir en el supuesto de que se nombre a un único o a un mismo representante de la insolvencia en el marco de procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo. Entre esas medidas cabría prever la de que se nombrara uno o más representantes de la insolvencia adicionales.

Cooperación entre dos o más representantes de la insolvencia en el contexto de un grupo de empresas

232. [28] El régimen de la insolvencia podrá disponer que en el supuesto de haberse abierto procedimientos de insolvencia respecto de dos o más empresas de un grupo [y de que se nombren distintos representantes de la insolvencia en el marco de esos procedimientos], dichos representantes deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible[15].

Cooperación entre dos o más representantes de la insolvencia en el marco de la coordinación procesal

233. [29] El régimen de la insolvencia debería disponer que, siempre que se nombre más de un representante de la insolvencia para sustanciar procedimientos de insolvencia que estén sujetos a coordinación procesal, los representantes así nombrados deberán cooperar entre sí en la medida de lo posible.

Formas de cooperación

234. [30] Siempre que ello sea conforme a derecho, procederá cooperar en lo posible por cualquier medio apropiado, procurando en particular:

a) Intercambiar y revelar toda información pertinente;

b) Aprobar y poner en práctica acuerdos para el ejercicio de la potestad otorgada a los representantes de la insolvencia y la distribución entre ellos de sus responsabilidades, o en los que se prevea que un representante asuma una función rectora en aras de la coordinación;

[15] Además de las disposiciones del régimen de la insolvencia relativas a la cooperación y la coordinación, en general el tribunal puede indicar las medidas que habrán de adoptarse a tal fin en el curso de la sustanciación de los procedimientos.

c) Coordinarse entre sí con miras a proponer y negociar planes de reorganización, [comunicación con los acreedores y reuniones de acreedores]; y

d) Coordinarse entre sí en la administración y supervisión del negocio de toda empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, en particular respecto de las operaciones en curso cuando un negocio haya de seguir en marcha, así como respecto de la financiación tras la apertura de un procedimiento, la preservación de los bienes de la masa, la utilización o enajenación de dichos bienes, el ejercicio de toda acción de impugnación que proceda, la presentación y admisión de los créditos, y la distribución de las sumas disponibles entre los acreedores.

G. Plan de reorganización

1. Finalidad de las disposiciones legislativas

Las disposiciones relativas a un plan de reorganización concertado en el contexto de un grupo de empresas tienen por objeto:

a) Facilitar el restablecimiento coordinado de los negocios de las empresas de un mismo grupo declaradas en situación de insolvencia, a fin de preservar el empleo y, siempre que proceda, amparar el valor de las inversiones; y

b) Facilitar la negociación y aprobación de planes de reorganización coordinados en el marco de los procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un mismo grupo.

2. Contenido de las disposiciones legislativas

Plan de reorganización

235. [31] El régimen de la insolvencia debería permitir que en el marco de los procedimientos de insolvencia abiertos respecto de dos o más empresas de un mismo grupo se aprueben planes de reorganización coordinados.

236. [32] El régimen de la insolvencia podrá disponer que una empresa del grupo no sujeta a procedimientos de insolvencia podrá participar [voluntariamente] en el plan de reorganización aprobado para dos o más empresas del mismo grupo sujetas a procedimientos de insolvencia.

A/CN.9/WG.V/WP.85/Add.1 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-2
II.	Fomento de la coordinación de procedimientos múltiples contra empresas de un grupo a cargo de la empresa que controla el grupo	3-13
III.	Modos de facilitar la cooperación y la comunicación	14-17
IV.	Utilización de los acuerdos transfronterizos	18
V.	Fomento de la coordinación: el representante de la insolvencia	19-20

I. Introducción

1. En su 35º período de sesiones (17 a 21 de noviembre de 2008), el Grupo de Trabajo examinó diversos aspectos del tratamiento internacional de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, y pidió a la Secretaría que preparara proyectos de recomendación sobre algunas de esas cuestiones, como: la presunción prevista en el párrafo 3) del artículo 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, "la Ley Modelo") como recurso para determinar el centro de los principales intereses de un grupo de empresas a efectos de coordinación de procedimientos de insolvencia transfronteriza; la coordinación y cooperación en procedimientos transfronterizos cuando se trate de grupos de empresas; la utilización del proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza (en adelante, "el proyecto de notas"); y el nombramiento de un único representante de la insolvencia para administrar procedimientos entablados en distintos Estados contra empresas de un mismo grupo.

2. A continuación se presentan los proyectos de recomendación solicitados acerca de esos temas con miras a facilitar las deliberaciones del Grupo de Trabajo. No se pretende en modo alguno fomentar la adopción de estas recomendaciones, en vez de la Ley Modelo, dado que la finalidad de esta consiste en facilitar la coordinación de los procedimientos transfronterizos entablados contra un único deudor, y no contra

un grupo de empresas. Aun teniendo en cuenta la diferencia existente entre recomendaciones legislativas y una ley modelo, el Grupo de Trabajo tal vez desee adoptar el mismo método de trabajo seguido con respecto a la Guía Legislativa y a su aplicación a los grupos de empresas. Este método puede implicar que se estudie en primer lugar si los artículos de la Ley Modelo pueden ser aplicables a un grupo de empresas y, de no poder serlo, que se examinen las disposiciones suplementarias que cabría adoptar para facilitar la coordinación de procedimientos entablados contra grupos de empresas y que, en segundo lugar, se estudie la forma que debería revestir un texto legislativo que contribuyera a ese fin.

II. Fomento de la coordinación de procedimientos múltiples contra empresas de un grupo a cargo de la empresa que controla el grupo

A. Antecedentes

3. En los últimos tiempos se ha debatido mucho la cuestión de si el concepto de "centro de los principales intereses" de un único deudor debe o no aplicarse a un grupo de empresas con diversos objetivos, como el de abrir procedimientos de insolvencia contra todas las empresas insolventes del grupo, dondequiera que se encuentren, en el Estado en que esté el centro de los intereses principales, y el de facilitar la coordinación de esos procedimientos a través del centro de los principales intereses. Este concepto se utiliza en los casos de deudores individuales para determinar el posible lugar de celebración del procedimiento principal a los efectos de la Ley Modelo y del Reglamento Nº 1346/2000 del Consejo de la Unión Europea, de 29 de mayo de 2000, relativo a los procedimientos de insolvencia (en adelante, "el Reglamento de la UE"), pero no tiene una aplicación universal como concepto y solo está reconocido por los Estados que han adoptado o están sujetos a uno de esos instrumentos o a ambos. En anteriores documentos de trabajo se pusieron de relieve las dificultades que entraña la determinación del centro de los principales intereses y, en particular, algunos de los problemas que plantea su determinación con respecto a los grupos de empresas (véanse los documentos A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4, párrafos 3 a 15; A/CN.9/WG.V/WP.76/Add.2, párrafos 2 a 17; A/CN.9/WG.V/WP.74/Add.2, párrafos 6 a 12).

4. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en general en que sería difícil formular una definición del concepto de centro de los principales intereses de un grupo de empresas que pudiera servir, por ejemplo, para limitar la apertura de procedimientos paralelos o para simplificar el número de legislaciones aplicables a procedimientos de insolvencia entablados en distintos Estados contra empresas de un mismo grupo (véase A/CN.9/666, párrafos 26 y 27). También resultaría difícil utilizar el centro de los principales intereses de un grupo de empresas para aplicar a ese grupo el régimen del reconocimiento previsto en la Ley Modelo. Además, otros capítulos de la Ley Modelo serían de difícil aplicación a los grupos de empresas como tales, pero podrían tener cierta aplicación cuando el centro de los principales intereses de algunas de las empresas de un grupo, o de todas ellas, estuviera situado en el mismo Estado. Existen casos en que el tribunal ha resuelto que tal es la situación de un determinado grupo internacional de empresas.

B. Cuestiones que cabe examinar

1. Objetivos de la determinación del centro de coordinación

5. El Grupo de Trabajo propuso un enfoque distinto consistente en determinar cuál de las empresas controla un determinado grupo (entendiendo el concepto de "control" conforme a la definición de "grupo de empresas"; véase el párrafo a) del glosario del documento A/CN.9/WG.V/WP.85) y mediante el cual podría facilitarse la coordinación de múltiples procedimientos de insolvencia entablados contra empresas de un mismo grupo [1]. En la presente nota los términos "centro de coordinación" designan a esa empresa del grupo, aunque cabría emplear otras palabras. La determinación del centro de coordinación de un grupo de empresas podría tener, entre otros, los siguientes objetivos fundamentales:

a) Facilitar la coordinación de procedimientos múltiples que se hayan entablado contra empresas de un grupo, a fin de racionalizar la administración de los procesos, agilizarlos y lograr una mayor eficiencia y mayores economías de gastos;

b) Alentar la cooperación entre los tribunales y los representantes de la insolvencia interesados y autorizar tal cooperación;

c) Facilitar el intercambio de información respecto de los créditos, los bienes y las garantías reales;

d) Propiciar una mejor materialización de los bienes del grupo, tanto en una liquidación como en una reorganización; y

e) Coordinar la obtención y la concesión de fondos en todas las empresas del grupo tras la apertura de los procedimientos.

6. Sean cuales sean los factores empleados para determinar a esta empresa del grupo, lo que se pretende, tal como ha señalado el Grupo de Trabajo, es que esa empresa sea simplemente la primera entre empresas de igual categoría, pero encargada de la coordinación y de la cooperación. Esa empresa del grupo no dispondría de poderes suplementarios para la sustanciación o administración de los procedimientos (véase A/CN.9/666, párrafo 31). El Grupo de Trabajo no procedió a examinar si esa coordinación sería iniciada y dirigida por el tribunal encargado de sustanciar el procedimiento respecto de la empresa controladora (cuando el tribunal desempeñara esa función) o por el representante de la insolvencia interesado (véase el proyecto de recomendación 15 *infra*).

2. Factores importantes para determinar la empresa controladora del grupo

7. Respecto de la determinación de esa empresa del grupo, el Grupo de Trabajo señaló que la presunción rebatible enunciada en el párrafo 3) del artículo 16 de la

[1] El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota del Principio I del Concordato sobre la Insolvencia Transfronteriza, del Comité J de la Asociación Internacional de Abogados, adoptado en 1996, en el que se recomienda que: Si una entidad o una persona física con vinculaciones transfronterizas es objeto de un procedimiento de insolvencia, la responsabilidad principal de la coordinación de todos los procedimientos de insolvencia que afecten a dicha entidad o a dicha persona física debería corresponder a un único foro administrativo.

Ley Modelo podría ser de utilidad. El criterio general de esa recomendación consistiría en facilitar la determinación de la empresa coordinadora de un grupo y en fomentar un amplio reconocimiento de dicha empresa, aunque no se pretende que esa empresa central, una vez determinada, deba ser automáticamente reconocida por todos los Estados (véase A/CN.9/666, párrafo 31). No obstante, con un amplio reconocimiento y aceptación de este enfoque se facilitaría la coordinación de los procedimientos transfronterizos. El proyecto de recomendación 1 se basa en el párrafo 3) del artículo 16 de la Ley Modelo.

8. El Grupo de Trabajo observó además que los factores indicados en los párrafos 6 y 13 del documento A/CN.9/WG.V/WP.82/Add.4 podrían ser importantes para rebatir esa presunción (véase A/CN.9/666, párrafo 32) y que deberían examinarse conjuntamente. Esos factores vienen enunciados en el proyecto de recomendación 2, que se expone más adelante. Sin embargo, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar de nuevo la idoneidad de esos factores para determinar qué empresa del grupo "controla" a las demás. Aunque se considere en general que esos factores son de utilidad para determinar el lugar en que un deudor individual lleva a cabo sus actividades principales, no todos ellos sirven para evaluar la cuestión del control en el contexto de un grupo de empresas. Si bien las definiciones de lo que constituye "control" en el contexto de los grupos varía de un Estado a otro y depende en gran medida del fin con que se utiliza la definición, en los párrafos 35 a 38 del documento A/CN.9/WG.V/WP.74 se analizan algunos de los factores que normalmente se asocian a este concepto y que pueden ser, entre otros, los siguientes:

a) El hecho de disponer, directa o indirectamente, de un determinado porcentaje de capital o de votos de las empresas del grupo;

b) La capacidad para determinar la política financiera, el funcionamiento y el proceso de adopción de decisiones de las empresas del grupo;

c) La capacidad para nombrar o destituir a todos los cargos o funcionarios directivos de las empresas del grupo, o a la mayoría de ellos;

d) La capacidad para emitir o regular la emisión de la mayoría de votos en una reunión general de una empresa del grupo, independientemente de que esa capacidad se derive del número de acciones o de las opciones.

9. Entre los datos que pueden ser útiles para examinar estos factores cabe destacar: los documentos constitutivos de la empresa del grupo; los detalles sobre el número de acciones en poder de la empresa del grupo; toda información relativa a las decisiones estratégicas importantes de dicha empresa; los acuerdos internos y externos de administración; los detalles sobre las cuentas bancarias, su administración y los signatarios autorizados; y toda información relativa a los empleados.

3. Definición de la composición del grupo de empresas

10. Una cuestión preliminar que cabría examinar es la de la composición que tiene el grupo de empresas como tal, a efectos de determinar su centro de coordinación. Puede ser importante saber qué empresas, solventes e insolventes, pueden considerarse empresas del grupo y cómo se aplicarán las distintas legislaciones con diferentes definiciones de lo que se entiende por "grupo" en cada Estado. Si puede

determinarse un centro de coordinación, este deberá saber qué procedimientos de insolvencia podrá coordinar y contra qué empresas se entablarán.

4. Asignación de la responsabilidad para determinar la empresa controladora de un grupo

11. Otra cuestión de interés puede ser la asignación de la responsabilidad para determinar, a los efectos previstos, qué empresa del grupo es la que controla a las demás. Esa función puede corresponder al tribunal o, cuando el tribunal no tenga funciones de supervisión de los procedimientos de insolvencia, al representante de la insolvencia o al deudor en posesión de los bienes. Si correspondiera al tribunal, habría que saber qué tribunal tendría competencia para determinar cuál es la empresa controladora. Podría ser el tribunal que recibiera la primera solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia contra una o más empresas que se consideraran partes del grupo. Otra posibilidad consistiría en que la decisión sobre la responsabilidad se adoptara previa coordinación entre los diversos tribunales que hubieran recibido solicitudes de apertura de procedimientos contra empresas de un grupo. Cuando la primera solicitud se presentara en la jurisdicción de la empresa matriz del grupo, la solución sería relativamente fácil. En cambio, cuando se presentara en primer lugar una solicitud respecto a una simple empresa del grupo, la decisión podría resultar más difícil para el tribunal. Una vez determinada la empresa, también habría que alentar a otros Estados a reconocer la función coordinadora de esa empresa del grupo y a facilitarle su labor.

12. Otra cuestión de interés es la de los poderes que puede requerir el tribunal o el representante de la insolvencia para llevar a cabo la coordinación. Esta cuestión puede resolverse, en parte, mediante disposiciones del tenor del capítulo IV de la Ley Modelo, que constituye la base de los proyectos de recomendación que se exponen más adelante con respecto a la coordinación y la cooperación.

5. Varias empresas controladoras de un grupo

13. Otra cuestión es la del número de empresas sobre las que cabe considerar que controlan un grupo. A este respecto, puede ser necesario tener presente la posibilidad de que en muy diversos grupos haya más de una empresa que ejerza el control y que esta función corresponda a distintos subgrupos o a distintos departamentos empresariales. En este caso, para facilitar la coordinación transfronteriza, puede ser necesario que haya una empresa bien situada en la estructura jerárquica del grupo para coordinar los procedimientos desde el departamento pertinente o un número suficientemente amplio de empresas del grupo que pueda reorganizarse a estos efectos como departamento independiente. Así, en los grandes grupos de empresas, podrían determinarse varios centros de coordinación.

6. Recomendaciones

Determinación del centro de coordinación de un grupo de empresas

1) El régimen de la insolvencia podría especificar que, salvo prueba en contrario, se presumirá que el domicilio social de la empresa que controle el grupo será el centro de coordinación del grupo de empresas desde el que se dirigirá la

coordinación de los procedimientos de insolvencia entablados en distintos Estados contra las empresas del grupo.

2) El régimen de la insolvencia debería especificar que, a los efectos de rebatir la presunción enunciada en la recomendación 1, [podrán] [deberán] tomarse en consideración los siguientes factores:

a) La naturaleza o el alcance de la actividad comercial que se lleve a cabo en el lugar del domicilio social;

b) El lugar en que se encuentren los empleados, los directivos y los bienes de la empresa del grupo, y en que se lleve a cabo su administración y, particularmente, donde se encuentren sus libros de contabilidad, sus expedientes y sus cuentas bancarias;

c) El lugar en que esté situada la mayoría de los acreedores de la empresa del grupo o la mayoría de los acreedores que pudieran verse afectados por el caso;

d) El grado de independencia de la empresa del grupo respecto de las decisiones en materia financiera, de gestión y de actividades en general;

e) La ley aplicable a la mayoría de las controversias, a los acuerdos financieros entre las empresas del grupo, inclusive la capitalización y los servicios de contabilidad;

f) La división de responsabilidades en lo que respecta al suministro de documentación técnica y jurídica y a la firma de contratos; y

g) El lugar donde se llevan a cabo las funciones de diseño, comercialización, establecimiento de precios, entrega de productos y secretaría.

III. Modos de facilitar la cooperación y la comunicación

A. Antecedentes

14. El capítulo IV de la Ley Modelo se centra en la coordinación y la cooperación entre los tribunales, entre tribunales y representantes de la insolvencia y entre representantes de la insolvencia, pero al tratar de los deudores individuales apenas resulta aplicable a los grupos de empresas. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo, al examinar cuestiones internacionales, observó que las disposiciones de la Ley Modelo relativas a la coordinación y la cooperación podrían hacerse extensivas a los grupos de empresas (véase A/CN.9/666, párrafo 63).

15. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la posibilidad de hacer posible esa interpretación mediante una serie de recomendaciones que hagan extensivos a los grupos de empresas los artículos 25 y 26 de la Ley Modelo y que amplíen las formas de cooperación enumeradas en el artículo 27. Al examinar esa cuestión, el Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si, como se ha señalado en el párrafo 2 *supra*, cabría adoptar un tipo de texto legislativo que no fueran recomendaciones o si podría formularse un instrumento interpretativo de otra índole.

16. Los proyectos de recomendación 3 a 6, que figuran a continuación, se basan en los artículos 25 y 26 de la Ley Modelo. Los proyectos de recomendación 3 y 4 tratan de fomentar al máximo la autorización de la cooperación, mientras que los

proyectos de recomendación 5 y 6 abordan la comunicación. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la conveniencia de que las recomendaciones 5 y 6 se limiten a una determinada empresa de un grupo o sean aplicables en general a todas las empresas del grupo que estén sujetas a un procedimiento de insolvencia. Por ejemplo, en el Estado A puede nombrarse el representante de la insolvencia A como encargado de la empresa A del grupo. Esta empresa A puede tener bienes en el Estado B, en el que las empresas B, C y D del mismo grupo estén sujetas a procedimientos de insolvencia. ¿El representante de la insolvencia A podrá comunicarse con el tribunal del Estado B y con los representantes de la insolvencia de las empresas B, C y D respecto de cuestiones que afecten a la empresa A, así como a las empresas B, C y D, si esas cuestiones son de interés para la insolvencia de A y para la reorganización del grupo del que todas ellas forman parte? ¿Tendría derecho el representante de la insolvencia A a obtener esa información, y, de ser así, los proyectos de recomendación 4 y 6 regularían suficientemente esta cuestión o habría que abordarla con más detalle?

17. Los proyectos de recomendación 7 a 13 tratan de ampliar al máximo la cooperación entre tribunales, entre tribunales y representantes de la insolvencia, y entre representantes de la insolvencia. Sus textos se basan en el proyecto de recomendación 234 relativo a los grupos de empresas nacionales y en otras fuentes, como el proyecto de notas, las Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos[2] y las Directrices europeas para la comunicación y la cooperación en la insolvencia transfronteriza[3].

B. Recomendaciones

Cooperación entre el tribunal y tribunales extranjeros o representantes de la insolvencia extranjeros

(Artículo 25.1 de la Ley Modelo)

3) El régimen de la insolvencia debería autorizar al tribunal que sea competente en un caso de insolvencia transfronteriza que afecte a una empresa de un grupo a cooperar en el mayor grado posible con los tribunales extranjeros o los representantes extranjeros, ya sea directamente o por conducto del representante de la insolvencia o de otra persona designada en ese Estado, a fin de facilitar la coordinación de ese procedimiento con los procedimientos entablados en otros Estados contra la misma empresa del grupo.

Cooperación entre el representante de la insolvencia y tribunales extranjeros o representantes de la insolvencia extranjeros

(Artículo 26.1 de la Ley Modelo)

4) El régimen de la insolvencia debería autorizar al representante de la insolvencia al que se haya encomendado la administración de un procedimiento de insolvencia contra una empresa de un grupo en ese Estado a cooperar en el mayor

[2] Publicadas por el *American Law Institute* (2000) y adoptadas por el *International Insolvency Institute*.

[3] Preparadas por INSOL Europe, Academic Wing (2007).

grado posible, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, con los tribunales y representantes extranjeros, a fin de facilitar la coordinación de ese procedimiento con los procedimientos entablados en otros Estados contra empresas de ese mismo grupo.

Comunicación directa entre el tribunal y los tribunales o representantes extranjeros

(Artículos 25.2 y 26.2 de la Ley Modelo)

5) El régimen de la insolvencia debería facultar al tribunal competente en un procedimiento de insolvencia entablado contra una empresa de un grupo para ponerse en comunicación directa con los tribunales o representantes extranjeros o para recabar información o asistencia directa de los mismos en lo que respecta a ese procedimiento y a los procedimientos entablados en otros Estados contra empresas de ese mismo grupo.

6) El régimen de la insolvencia debería facultar al representante de la insolvencia encargado de administrar un procedimiento de insolvencia entablado en ese Estado contra una empresa de un grupo para que, en el ejercicio de sus funciones y bajo la supervisión del tribunal, se ponga en comunicación directa con los tribunales o los representantes extranjeros respecto de ese procedimiento y de los procedimientos entablados en otros Estados contra ese mismo grupo de empresas.

Formas de cooperación y comunicación entre tribunales [y entre tribunales y representantes extranjeros]

7) En la medida en que lo permita el régimen aplicable, se mantendrá la mayor cooperación posible entre los tribunales [y entre los tribunales y los representantes extranjeros], concretamente:

a) Proporcionando al tribunal extranjero [o al representante extranjero] copias de los documentos emitidos por el tribunal en relación con las empresas del grupo sujetas a procedimientos de insolvencia, inclusive las órdenes formales, las sentencias y las transcripciones de las actuaciones;

b) Proporcionando al tribunal extranjero [o al representante extranjero] copias de los documentos que se le hayan presentado, o que se le vayan a presentar, en relación con las empresas de ese grupo; y

c) Mediante la comunicación directa de las empresas del grupo con el tribunal extranjero [o con el representante extranjero] por teléfono, videoconferencia u otros medios electrónicos.

Salvaguardias

8) El régimen [de la insolvencia] debería especificar que las comunicaciones entre los tribunales [y entre tribunales y los representantes extranjeros] estarán sujetas a las siguientes condiciones:

a) La fecha y hora y el lugar de la comunicación, así como el modo en que esta se realizará, deberán ser objeto de un acuerdo entre los tribunales [o entre los tribunales y los representantes extranjeros];

b) Toda propuesta de comunicación deberá notificarse a las partes interesadas en todos los Estados pertinentes, de conformidad con la ley aplicable y del modo en que los tribunales estimen apropiado;

c) Las partes afectadas o sus representantes, según el caso, deberán tener derecho a participar personalmente en la comunicación, a menos que los tribunales convengan otra cosa;

d) Según decidan los tribunales, la comunicación podrá ser objeto de una grabación o de una transcripción. Esa transcripción podrá considerarse la transcripción oficial de la comunicación, podrá registrarse como parte del expediente del procedimiento y podrá ponerse a la disposición del tribunal y de los representantes de las partes en ambos tribunales; y

e) Las comunicaciones entre los tribunales [y entre tribunales y los representantes extranjeros] deberán tratarse de forma confidencial, según estimen oportuno los tribunales y de conformidad con la ley aplicable.

9) El régimen de la insolvencia debería especificar que las comunicaciones mantenidas en virtud de las presentes recomendaciones:

a) No deberán representar una solución de avenencia ni constituir una renuncia del tribunal a sus competencias, a sus responsabilidades o a su autoridad;

b) No deberán constituir una resolución sustantiva de las cuestiones que sean objeto de controversia ante el tribunal nacional o ante el tribunal extranjero;

c) No deberán constituir una renuncia de alguna de las partes a sus respectivos derechos sustantivos y créditos; o

d) No deberán mermar los efectos de ninguna orden dictada por el tribunal nacional o por el tribunal extranjero.

Audiencias conjuntas

10) El régimen de la insolvencia debería facultar al tribunal para llevar a cabo una audiencia conjunta con un tribunal extranjero[4].

Formas de cooperación y comunicación entre representantes de la insolvencia

(Grupos de empresas, proyecto de recomendación 234) [véase el documento A/CN.9/WG.V/WP.85]

11) En la medida en que lo permita la ley, debería fomentarse al máximo la cooperación entre los representantes de la insolvencia por medios adecuados, concretamente:

[4] Cuando se autoricen las audiencias conjuntas, puede haber que subordinarlas a ciertas condiciones a fin de preservar los derechos de las partes y la jurisdicción de cada tribunal. En esas condiciones cabría enunciar las reglas aplicables a la sustanciación de la audiencia; los requisitos para dar notificación; el método de comunicación que deba emplearse, de modo que los tribunales puedan oírse recíprocamente; las condiciones que deberán regir el derecho a comparecer y a ser oído; las formas de presentación de documentos al tribunal y la posibilidad de que otros tribunales dispongan de dichos documentos; y condiciones que limiten la jurisdicción de cada tribunal a las partes que comparezcan ante él.

a) Mediante el intercambio y la revelación de información sobre las empresas de un grupo sujetas a un procedimiento de insolvencia, a condición de que se adopten las medidas oportunas para proteger el carácter confidencial de la información. Entre esa información, podrán también proporcionarse copias de documentos, cuando se soliciten, fijándose un costo razonable;

b) Recurriendo a los acuerdos del tipo especificado en las Notas de la CNUDMI sobre coordinación, cooperación y comunicación en procedimientos de insolvencia transfronteriza [véanse los proyectos de recomendación 14 y 15 *infra*];

c) En la medida en que lo permita la ley, distribuyendo las responsabilidades entre los representantes de la insolvencia, e incluso previendo que uno de ellos asuma una función rectora o de coordinación;

d) Manteniendo coordinación sobre las propuestas y negociando planes de reorganización, manteniendo comunicación con los acreedores y reuniéndose con ellos; y

e) Coordinando todo lo relativo a la administración y supervisión de los negocios de toda empresa del grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia, en particular respecto de las operaciones en curso cuando hayan de mantenerse en marcha los negocios de la empresa; respecto de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento; y también respecto de la preservación de los bienes de la masa, la utilización o enajenación de los bienes, el ejercicio de toda acción de impugnación que proceda; la presentación y el reconocimiento de los créditos, y la distribución de las sumas disponibles entre los acreedores.

12) El régimen de la insolvencia debería autorizar a los representantes de la insolvencia a comunicarse entre sí a partir del momento de su designación como tales. Todo representante de la insolvencia podrá tomar la iniciativa de entablar o proseguir las comunicaciones con otros representantes y todos ellos podrán determinar el idioma en que se mantendrán las comunicaciones.

IV. Utilización de los acuerdos transfronterizos

A. Antecedentes

18. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que los acuerdos transfronterizos constituían un importante medio de coordinación de los procedimientos de insolvencia transfronteriza en lo que respecta a las empresas integrantes de un grupo, y en que cabría incluir en el texto una recomendación por la que se alentara a los legisladores y a los tribunales a inspirarse en el proyecto de notas (véase A/CN.9/666, párrafo 38) y se promoviera la utilización de tales acuerdos. Los Estados que han incorporado a su derecho interno el artículo 27 de la Ley Modelo ya han reconocido que esos acuerdos son un medio para realizar la cooperación prevista en los artículos 25 y 26. Sin embargo, no todos los Estados que han adoptado disposiciones basadas en la Ley Modelo han incorporado el artículo 27 a su derecho interno y además tienen una experiencia limitada y están muy poco familiarizados con la utilización y negociación de este tipo de acuerdos. Además, la Ley Modelo no contiene ninguna disposición que autorice expresamente

a los representantes de la insolvencia, a otras partes o al tribunal a celebrar tales acuerdos.

B. Recomendaciones

Autorización para concertar acuerdos transfronterizos

13) El régimen de la insolvencia debería autorizar a los representantes de la insolvencia y a otras partes interesadas a concertar acuerdos transfronterizos y, en la medida de lo que permita o requiera la ley, a solicitar su aprobación [a los tribunales], a fin de facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia entablados en distintos Estados contra dos o más empresas de un mismo grupo.

Aprobación o ejecución de acuerdos transfronterizos

14) El régimen de la insolvencia debería autorizar a los tribunales a aprobar o ejecutar acuerdos transfronterizos, con miras a facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia entablados en distintos Estados contra dos o más empresas de un mismo grupo.

V. Fomento de la coordinación: el representante de la insolvencia

A. Antecedentes

19. La coordinación se puede fomentar también a través del representante de la insolvencia facilitando no solo la comunicación y la cooperación sino también, por ejemplo, el nombramiento del mismo representante de la insolvencia para múltiples procedimientos entablados en distintos Estados contra empresas de un mismo grupo, siempre que esa persona (tanto física como jurídica) cumpla los requisitos legales de cada país. Tal persona debería estar sujeta a la ley aplicable en el Estado en que haya sido designada. Si bien el Grupo de Trabajo, en su 35º período de sesiones, reconoció las posibles dificultades para encontrar una persona con tal competencia, observó que este criterio podía ser viable (véase A/CN.9/666, párrafo 105). A estos efectos, el proyecto de recomendación 230, relativo a los grupos de empresas nacionales, podría hacerse extensivo al contexto internacional. Cabría designar a una persona física que estuviera facultada para actuar en distintos Estados o a una persona jurídica que dispusiera de personas cualificadas para actuar como representantes de la insolvencia en varios Estados. Si bien en general puede resultar difícil encontrar las personas debidamente cualificadas, es posible que haya regiones en que esa práctica sea más común o que la mundialización del comercio y de los servicios vaya abriendo el paso a esa posibilidad. Cuando se opte por este enfoque, puede que haya que adoptar disposiciones del tenor del proyecto de recomendación 231 para evitar posibles conflictos de interés.

20. Se sugiere que el Grupo de Trabajo examine las recomendaciones que figuran a continuación.

B. Recomendaciones

Nombramiento del mismo representante de la insolvencia

15) El régimen de la insolvencia debería autorizar al tribunal a coordinar con tribunales extranjeros el nombramiento de un mismo representante de la insolvencia para encomendarle la administración de los procedimientos de insolvencia que afecten, en distintos Estados, a empresas de un mismo grupo, siempre y cuando ese representante de la insolvencia tenga las competencias requeridas en cada uno de los Estados pertinentes para ejercer ese cargo. En la medida en que lo requiera el régimen [de la insolvencia], el representante de la insolvencia estará sujeto a la supervisión del tribunal que lo haya nombrado.

F. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36º período de sesiones

(A/CN.9/WG.V/WP.86 y Add. 1 a 3) [Original: inglés]

1. La Secretaría ha preparado las presentes Notas atendiendo a una propuesta que se formuló en el 38º período de sesiones de la Comisión (2005) conforme a la cual habría que realizar una labor suplementaria en materia de cooperación y coordinación en los casos de insolvencia transfronteriza, en particular en lo que respecta a la utilización y negociación de acuerdos de insolvencia transfronteriza; en la propuesta se señaló que este tema complementaba y guardaba una estrecha relación con el fomento y la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (en adelante, "la Ley Modelo de la CNUDMI") y, en particular, con la aplicación del artículo 27 d).

2. En su 39º período de sesiones (2006), la Comisión acordó que la labor inicial de recopilación de información acerca de la experiencia práctica adquirida en la negociación y utilización de los protocolos de insolvencia transfronteriza se facilitara oficiosamente manteniendo consultas con jueces y profesionales de la insolvencia y que, en su 40º período de sesiones, en 2007, se sometiera a su examen un informe preliminar sobre la marcha de esa labor[1].

3. En la primera parte de su 40º período de sesiones (2007), la Comisión examinó un informe preliminar en el que se exponía la experiencia registrada en materia de negociación y utilización de los protocolos de insolvencia transfronteriza (A/CN.9/629) y expresó su satisfacción por los progresos realizados en la labor de recopilación de experiencia práctica en la negociación y utilización de acuerdos de insolvencia transfronteriza; además, la Comisión reiteró que la Secretaría debería seguir desarrollando oficiosamente esa labor en consulta con jueces, profesionales de la insolvencia y otros expertos[2].

4. En su 41º período de sesiones, la Comisión tuvo a su disposición una nota de la Secretaría en la que daba cuenta de los nuevos progresos realizados en dicha labor (A/CN.9/654). La Comisión tomó nota de que se habían mantenido más consultas con jueces y profesionales de la insolvencia y de que la Secretaría había preparado una recopilación de experiencias prácticas, que había organizado siguiendo el esquema del contenido del texto adjuntado al anterior informe presentado a la Comisión (A/CN.9/629). La Comisión decidió que esa recopilación fuera presentada, en forma de documento de trabajo, al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) en su 35º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008) para que procediera a un examen inicial. Tras dicho examen, el Grupo de Trabajo V podría decidir seguir examinando la recopilación en su 36º período de sesiones,

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 209 c).

[2] *Ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17), Part I, párrs. 190 y 191.

previsto para abril y mayo de 2009, y formular sus recomendaciones a la Comisión en su 42º período de sesiones, en 2009, teniendo en cuenta que probablemente la coordinación y la cooperación basada en acuerdos de insolvencia transfronteriza tendrían una importancia considerable al buscar soluciones sobre la forma en que habría que regular a nivel internacional la situación de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia. La Comisión decidió planificar la labor de su 42º período de sesiones de 2009 de tal modo que, si fuera necesario, pudiera dedicar tiempo al análisis de las recomendaciones del Grupo de Trabajo V[3].

5. En su 35º período de sesiones, celebrado en noviembre de 2008, el Grupo de Trabajo V inició sus debates sobre el tema de la cooperación, la comunicación y la coordinación en procedimientos de insolvencia basándose en el documento A/CN.9/WG.V/WP.83, que contiene el proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza (en adelante, "las Notas") (véase A/CN.9/666, párrafos 12 a 22). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo convino en que se distribuyeran las Notas entre los gobiernos a fin de que hicieran observaciones antes del 36º período de sesiones, previsto para mayo de 2009. Se presentaría una versión revisada de las Notas al Grupo de Trabajo en ese período de sesiones con miras a que la Comisión la examinara y adoptara en su 42º período de sesiones, de 2009, de conformidad con el mandato de la Comisión (véase A/CN.9/666, párrafo 22).

6. Las observaciones recibidas de los gobiernos se han recogido en los documentos A/CN.9/WG.V/WP.86/Add.1, Add.2 y Add.3. Al revisar el proyecto de notas, la Secretaría tuvo en cuenta esas observaciones.

7. A continuación se presenta la versión revisada de las Notas. En su introducción se explican el alcance de las Notas, el contenido de cada parte y la forma en que se ha estructurado el texto.

Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza

ÍNDICE

		Párrafos
	Introducción	1-17
	A. Estructuración y alcance de las Notas	1-5
	B. Glosario	6-17
I.	Antecedentes	1-22
	A. El marco legislativo para la insolvencia transfronteriza	1-3
	B. Iniciativas internacionales	4-22

[3] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 321.

II. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: posibles formas de cooperación en el marco del artículo 27 1-21

A. Artículo 27 a): nombramiento de una persona para que actúe bajo dirección del tribunal 2-3

B. Artículo 27 b): comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno 4-10

C. Artículo 27 c): coordinación de la administración y la supervisión de los bienes del deudor 11

D. Artículo 27 d): aprobación o aplicación de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos 12-13

E. Artículo 27 e): coordinación de procedimientos paralelos 14-16

F. Artículo 27 f): otras formas de cooperación 17-21

III. Acuerdos transfronterizos 1-190

A. Cuestiones preliminares 1-34

1. ¿Qué es un acuerdo transfronterizo? 4-9

2. Circunstancias que pueden justificar la concertación de un acuerdo transfronterizo 10

3. Momento adecuado para la negociación 11-12

4. Partes en un acuerdo transfronterizo 13-15

5. Capacidad para celebrar un acuerdo transfronterizo 16-20

6. Formato 21-23

7. Disposiciones que suelen contener los acuerdos transfronterizos 24-26

8. Efecto jurídico de los acuerdos transfronterizos 27-29

9. Salvaguardias 30-32

10. Posibles problemas y medios para su resolución 33-34

B. Cotejo de acuerdos de insolvencia transfronteriza 35-190

1. Preámbulo 36-47

a) Partes 37-39

b) Antecedentes: génesis del caso de insolvencia 40-41

c) Alcance del acuerdo 42

d) Finalidad 43-46

e) Idioma del acuerdo y de las comunicaciones 47

2. Terminología y reglas de interpretación 48-51

a) Terminología 48-49

b) Reglas de interpretación 50-51

3. Tribunales 52-85
a) Cortesía jurídica internacional e independencia de los tribunales 53-54
b) Asignación de ciertos asuntos a uno de los tribunales 55-70
c) Inhibición del foro 71-74
d) Derecho a comparecer y a ser oído 75-83
e) Procedimientos futuros 84-85
4. Administración de las actuaciones 86-101
a) Prelación entre los procedimientos 87-88
b) Paralización de las actuaciones individuales 89-95
c) Ley aplicable 96-101
5. Reparto de los cometidos o tareas entre las partes en un acuerdo 102-137
a) Medios generales de cooperación 104-106
b) Supervisión de la empresa deudora 107
c) Planes de reorganización 108-112
d) Trato otorgable a los bienes 113-117
e) Legitimidad para entablar actuaciones 118-119
f) Trato otorgable a los créditos 120-134
g) Financiación posterior a la apertura de un procedimiento 135-137
6. Intercambio de comunicaciones 138-171
a) Comunicación interjudicial 140-150
b) Comunicación entre las partes 151-167
c) Confidencialidad de las comunicaciones 168-171
7. Eficacia, modificación, revisión y extinción de los acuerdos 172-180
a) Eficacia del acuerdo y condiciones necesarias para que el acuerdo sea eficaz 172-176
b) Modificación, revisión y extinción de un acuerdo 177-180
8. Costas y otros gastos 181-184
9. Salvaguardias 185-190
a) Protección de derechos y de la competencia jurisdiccional 186-188
b) Limitación de la responsabilidad 189
c) Garantías 190

Anexo

Resúmenes de casos . . . . . .

Introducción

A. Estructuración y alcance de las Notas

1. Las presentes Notas tienen por objeto dar orientación a los profesionales de la insolvencia y a los jueces sobre los aspectos prácticos de la cooperación y la comunicación en casos de insolvencia transfronteriza, es decir, en los casos en que haya procedimientos de insolvencia en varios Estados en los que el deudor insolvente tenga bienes o cuando algunos de los acreedores del deudor no sean ciudadanos del Estado en que se haya abierto el procedimiento de insolvencia. En esos casos puede haber deudores no vinculados entre sí, pero por lo general los procedimientos suelen afectar a grupos de empresas que tienen oficinas, actividades mercantiles y bienes en múltiples Estados. Esta orientación se basa en las experiencias y prácticas observadas y recopiladas y se centra en la utilización y negociación de acuerdos transfronterizos, y se hace un análisis de las diversas formas que pueden revestir esos acuerdos, desde los acuerdos escritos aprobados por tribunales hasta los acuerdos verbales entre partes en un procedimiento de insolvencia que se hayan concertado en los casos de insolvencia transfronteriza registrados durante el último decenio. Con las Notas no se pretende dar instrucciones prescriptivas sino ilustrar los modos en que cabe facilitar la solución de las cuestiones y los conflictos que pueden surgir en casos de insolvencia transfronteriza recurriendo a acuerdos de esa índole que se ajusten a las necesidades concretas de cada caso y a los requisitos pertinentes de la ley aplicable.

2. En la primera parte de las Notas se analiza la creciente importancia que tienen la coordinación y la cooperación en los casos de insolvencia transfronteriza y se presenta una introducción a los diversos textos internacionales en materia de insolvencia transfronteriza que se han elaborado en los últimos años. Esos textos regulan diversos aspectos de la insolvencia transfronteriza, desde la formulación de un marco legislativo para facilitar la cooperación y la coordinación en la insolvencia transfronteriza hasta la forma de abordar las cuestiones que podrían incluirse en acuerdos transfronterizos o que podrían adoptar los tribunales para dar orientación sobre la comunicación transfronteriza.

3. En la segunda parte se analiza extensamente el artículo 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, en particular su párrafo d), (en adelante, "la Ley Modelo de la CNUDMI") y se examinan diversas formas en que puede lograrse la cooperación en casos transfronterizos.

4. En la tercera parte se analiza en detalle la utilización de una de las formas de cooperación, mencionada en el párrafo d) del artículo 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI, a saber, los acuerdos transfronterizos. Este análisis se basa en la experiencia práctica registrada en la negociación y utilización de esos acuerdos, particularmente en los casos resumidos en el anexo. En esta parte se examinan también diversas cláusulas modelo, que se basan en mayor o menor medida en las disposiciones enunciadas en esos diferentes acuerdos transfronterizos. Con la inclusión de esas cláusulas en las Notas se pretende ilustrar la forma en que se han abordado o en que cabría abordar distintas cuestiones, pero las cláusulas no tienen la finalidad de servir de disposiciones modelo para su incorporación directa a un acuerdo transfronterizo (véase también "Cláusulas modelo", párrafos 16 y 17 *infra*).

5. En el anexo se exponen resúmenes de los casos en los que se utilizaron los acuerdos transfronterizos que constituyen la base de las presentes Notas. En los resúmenes se ofrece un panorama general del contenido de esos acuerdos y, en su caso, se explican las razones por las que se negociaron tales acuerdos. Por lo general no se detallan los motivos para recurrir a un acuerdo de esta índole.

B. Glosario

1. Notas sobre la terminología

6. Los siguientes términos y conceptos tienen por objeto orientar al lector de las Notas. Dado que muchos de ellos tienen significados fundamentalmente distintos de un ordenamiento a otro, con la explicación que se da en las Notas del uso de dichos términos y conceptos se espera contribuir a que se entiendan claramente en todos los ordenamientos. En las presentes Notas se emplea, cuando procede, terminología común a la Ley Modelo de la CNUDMI y a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, "la Guía Legislativa de la CNUDMI"). Para facilitar la consulta, esos términos y conceptos se repiten más abajo.

a) Referencia al "tribunal" en las Notas

7. En las Notas se sigue el uso que se hace en la Guía Legislativa del término "tribunal" y se parte del supuesto de que se cuenta con supervisión judicial durante todo el procedimiento de insolvencia, lo que podría comprender la facultad de abrir un procedimiento de insolvencia, nombrar al representante de la insolvencia, supervisar sus actividades y adoptar decisiones en el curso del procedimiento. Aunque esa intervención puede ser apropiada como principio general, cabe considerar otras opciones, como, por ejemplo, cuando los tribunales no estén en condiciones de realizar la labor relativa a la insolvencia (ya sea por falta de recursos, o por falta de la pericia necesaria) o cuando se prefiera que la supervisión esté a cargo de algún otro órgano (véase la Guía Legislativa, primera parte, capítulo III, Marco institucional).

8. En aras de la sencillez, las Notas utilizan la palabra "tribunal" en el mismo sentido que en el artículo 2 e) de la Ley Modelo de la CNUDMI para denotar una autoridad judicial o de otra índole que sea competente a los efectos del control o la supervisión de un procedimiento de insolvencia. Una autoridad u órgano que preste servicios de apoyo o desempeñe funciones definidas en el procedimiento de insolvencia, pero que no cumpla ningún cometido judicialmente resolutorio en este, no podría ser calificado como "el tribunal" en el sentido en que se utiliza el término en las Notas.

b) Referencias a "acuerdo transfronterizo" en las Notas

9. En algunos Estados los acuerdos transfronterizos se denominan comúnmente protocolos, si bien se han empleado también expresiones como "contratos de administración de la insolvencia", "acuerdo de cooperación y avenencia" y "memorando de entendimiento". En las presentes Notas se ha intentado hacer una recopilación lo más amplia posible de las formas que revisten los acuerdos transfronterizos en la práctica y, dado que el término "protocolo" no refleja

necesariamente la amplia gama de acuerdos concertados en la práctica, en las Notas se emplea el concepto más general de "acuerdo transfronterizo".

c) Reglas de interpretación

10. Los términos empleados en singular abarcan también el plural; los términos "incluye(n)" o "incluido(s)" no significan que la enumeración subsiguiente sea exhaustiva; las expresiones "tales como" y "por ejemplo" deben interpretarse en el mismo sentido que las palabras "incluye(n)" o "incluido(s)".

11. Por "acreedores" se entenderá, salvo indicación en contrario, tanto los acreedores del Estado del foro como los acreedores extranjeros.

12. Por "persona" se entenderá, salvo indicación en contrario, tanto una persona física como una persona jurídica.

2. Términos y expresiones y sus definiciones

13. En los párrafos siguientes se explican el significado de ciertas expresiones que aparecen con frecuencia en las Notas y el modo en que se utilizan. La mayoría de esos conceptos están definidos en la Guía Legislativa de la CNUDMI o en la Ley Modelo de la CNUDMI y en las Notas se emplean teniendo en cuenta cómo se utilizan en otros textos. Esos conceptos, que se han insertado aquí para facilitar la lectura al usuario, son los siguientes:

a) "Bienes del deudor": todo bien y derecho del deudor, así como todo derecho real sobre bienes que obren o no en su posesión, ya sean corporales o 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;

b) "Disposiciones aplicables en materia de impugnación": disposiciones del régimen de la insolvencia que permiten anular o dejar sin efecto ciertas operaciones de transferencia de bienes u operaciones que sean fuente de obligaciones, que hayan sido concertadas con anterioridad al procedimiento de insolvencia, o que permiten recuperar los bienes transferidos o su valor en aras del interés colectivo de los acreedores;

c) "Centro de intereses principales": el lugar donde el deudor lleve a cabo con regularidad la gestión de su negocio y que sea reconocible, como tal, por terceros;

d) "Crédito": el derecho a cobrar una suma con cargo a la masa de la insolvencia del deudor por concepto de una deuda, de un contrato o de otra obligación legal, liquidada o por liquidar, vencida o por vencer, impugnada o sin impugnar, garantizada o no garantizada, fija o contingente;

e) "Apertura del procedimiento": la fecha de apertura efectiva del procedimiento de insolvencia en virtud de la ley aplicable o de una resolución judicial;

f) "Tribunal": autoridad judicial o de otra índole a la que competa el control o la supervisión de los procedimientos de insolvencia[4];

[4] Véanse los párrafos 7 y 8 *supra*.

g) "Acreedor": toda persona física o jurídica que tenga un crédito frente al deudor que haya surgido en la fecha de la apertura del procedimiento de insolvencia o con anterioridad a ella;

h) "Comité de acreedores" o "junta de acreedores": órgano representativo de los acreedores cuyos miembros son nombrados de conformidad con el régimen de la insolvencia y que gozará de toda facultad consultiva y de otra índole que le sea otorgada por el régimen de la insolvencia;

i) "Acuerdo transfronterizo": un acuerdo concertado, ya sea verbalmente o por escrito, con la finalidad de facilitar la coordinación de un procedimiento de insolvencia transfronteriza, así como la cooperación entre los tribunales, entre los tribunales y los representantes de la insolvencia y entre los representantes de la insolvencia y a veces también otras partes interesadas;

j) "Deudor en posesión": deudor que, en un procedimiento de reorganización, mantiene el pleno control de sus negocios. En tal situación, el tribunal no nombra un representante de la insolvencia;

k) "Inhibición del foro": situación en que un tribunal declina su competencia para conocer de determinadas cuestiones como, por ejemplo, para juzgar ciertas reclamaciones o dictar ciertas órdenes, y se inhibe a favor de otro tribunal;

l) "Bien gravado": todo bien sobre el cual un acreedor haya obtenido una garantía real;

m) "Establecimiento": todo lugar de operaciones en el que el deudor ejerza de forma no transitoria una actividad económica con medios humanos y bienes o servicios;

n) "Insolvencia": estado de un deudor que no puede atender al pago general de sus deudas a su vencimiento, o estado financiero de una empresa cuyo pasivo excede del valor de su activo;

o) "Masa de la insolvencia": bienes del deudor que hayan quedado sujetos al procedimiento de insolvencia;

p) "Procedimiento de insolvencia": procedimiento colectivo sujeto a supervisión judicial, que se sustancia con miras a la reorganización o liquidación de una empresa insolvente;

q) "Representante de la insolvencia": la persona o la entidad, incluso cuando su designación sea a título provisional, que haya sido facultada en un procedimiento de insolvencia para administrar la reorganización o la liquidación de la masa de la insolvencia;

r) "Procedimiento principal": procedimiento de insolvencia que tiene lugar en el Estado en que el deudor tiene su centro de intereses principales[5];

s) "Procedimiento no principal": procedimiento de insolvencia, distinto de un procedimiento principal, que tiene lugar en un Estado en que el deudor tenga un establecimiento. Los procedimientos no principales sustanciados en Estados miembros

[5] Véase la Ley Modelo de la CNUDMI, artículos 2 b) y 16.3.

de la Unión Europea de conformidad con el Reglamento (CE) se denominan "procedimientos secundarios"[6];

t) "Curso ordinario de los negocios": operaciones realizadas de forma acorde con:

i) la manera en que se llevaban los negocios del deudor antes del procedimiento de insolvencia, y con

ii) las prácticas ordinarias de gestión;

u) "Parte interesada": toda persona cuyos derechos, obligaciones u otros intereses puedan verse afectados inclusive por el procedimiento de insolvencia o por algún incidente dimanante del mismo, entre ellas, el deudor, el representante de la insolvencia, todo acreedor, todo tenedor de alguna participación en el capital social de la empresa, el comité o la junta de acreedores, toda entidad pública o toda otra persona que pueda verse igualmente afectada. Ello no deberá dar lugar a que una persona con un interés remoto o difuso que pueda verse afectado por el procedimiento de insolvencia pueda ser considerada parte interesada en dicho procedimiento;

v) "Prelación": el derecho de toda persona a gozar de prioridad en el cobro, respecto de otra persona, cuando tal derecho haya nacido por efecto de la ley;

w) "Reorganización": el proceso mediante el cual se restablece la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio de un deudor si se mantiene el negocio en marcha por diversos medios, como, por ejemplo, la condonación de la deuda, el reescalonamiento del servicio de la deuda, la capitalización de esta y la venta de la empresa (o de partes de ella) como negocio en marcha;

x) "Plan de reorganización": el plan para restablecer la prosperidad financiera y la viabilidad del negocio del deudor;

y) "Procedimientos secundarios": procedimientos no principales sustanciados en Estados miembros de la Unión Europea de conformidad con el Reglamento (CE);

z) "Suspensión o paralización del procedimiento": medida que impide la apertura, o suspende la continuación, de acciones de carácter judicial o administrativo, u otro tipo de acción individual, referentes al activo y al pasivo de la masa de la insolvencia del deudor, inclusive acciones para hacer efectivas las garantías reales contra terceros o ejecutar una garantía real; que paraliza toda medida ejecutiva contra los bienes de la masa de la insolvencia, la resolución de todo contrato en el que el deudor sea parte, y que suspende la transferencia, los gravámenes u otras formas de enajenación de cualesquiera bienes de la masa de la insolvencia o derechos sobre ella.

3. Material de referencia

a) Remisiones a casos

14. A lo largo de todas las Notas, y en particular en las notas de pie de página, se hacen remisiones a casos concretos. Por lo general esas remisiones se refieren a casos que se citan y se resumen en el anexo y sobre los que en el texto de las Notas solo figura un título abreviado, por ejemplo, GBFE para el caso *Greater Beijing*

[6] Véase la Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 2, párrafos c) y f).

First Expressway Limited, y Systech para el caso *Systech Retail Systems Corporation*. Las remisiones a números de página o de párrafo en relación con esos casos son remisiones a las páginas o párrafos pertinentes de la versión en inglés del respectivo acuerdo transfronterizo que esté a disposición del público; muchos de esos acuerdos solo figuran en inglés. Los casos que no se resumen en el anexo se citan únicamente en las notas de pie de página.

b) Remisiones a textos

15. Las presentes Notas remiten, cuando procede, a varios textos internacionales que regulan diversos aspectos de la coordinación de casos de insolvencia transfronteriza, a saber:

i) "Concordat": *Cross-Border Insolvency Concordat* (*Concordat* sobre la Insolvencia Transfronteriza), adoptado por el Consejo de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de Abogados (París, 17 de septiembre de 1995) y por el Consejo de la Asociación Internacional de Abogados (Madrid, 31 de mayo de 1996);

ii) "Ley Modelo de la CNUDMI": La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza con la Guía para su incorporación al derecho interno (1997);

iii) "Court-to-Court Guidelines": *Guidelines Aplicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases* (Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos), publicadas por el *American Law Institute* (16 de mayo de 2000) y adoptadas por el *International Insolvency Institute* (10 de junio de 2001);

iv) "El Reglamento (CE)": Reglamento (CE) Nº 1346/2000 del Consejo de la Unión Europea, de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia;

v) "Guía Legislativa de la CNUDMI": La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (2004);

vi) "CoCo Guidelines": *European Communication and Cooperation Guidelines for Cross-Border Insolvency*, preparadas por INSOL Europe (Federación Internacional de Profesionales en materia de Insolvencia), Academic Wing (2007).

c) Cláusulas modelo

16. Las cláusulas modelo que se presentan en las Notas tienen un carácter meramente ilustrativo y ofrecen ejemplos de cómo cabría redactar las disposiciones de un acuerdo transfronterizo en el que se abordaran cuestiones concretas tratadas en la tercera parte, sobre la base de acuerdos transfronterizos reales. Se aconseja al usuario que lea las cláusulas modelo juntamente con el análisis de cada cuestión que figura en los párrafos anteriores a las mismas. Conviene señalar que las cláusulas modelo no tienen la finalidad de servir de disposiciones modelo y que no debe considerarse que sean necesariamente exhaustivas. Tampoco debe estimarse que constituyen la base de lo que cabría considerar un protocolo modelo. Es posible que algunas disposiciones solo resulten apropiadas para un determinado caso, mientras que otras de carácter más general tal vez puedan tener una utilización más amplia y común. Además, algunas cláusulas modelo son solo eficaces si las aprueban los

tribunales competentes, por ejemplo, cuando en ellas se aborden y se asignen las responsabilidades de los tribunales.

17. Por consiguiente, en las Notas se hace hincapié en que para cada acuerdo transfronterizo debe adoptarse un enfoque concreto y cada uno debe redactarse en función del caso pertinente, teniendo en cuenta las particularidades del caso y los intereses de las partes, así como las condiciones del país, inclusive la ley aplicable.

I. Antecedentes

A. El marco legislativo para la insolvencia transfronteriza

1. Si bien desde el decenio de 1990 ha aumentado notablemente el número de casos de insolvencia transfronteriza, esta tendencia no se ha reflejado en el número de regímenes jurídicos adoptados, tanto nacionales como internacionales, con que hacer frente a tales casos. Muchas veces, la falta de tales regímenes ha hecho que se adoptaran enfoques inadecuados o no coordinados, que no solo han obstaculizado la rehabilitación de empresas con dificultades financieras y la administración equitativa y eficaz de los casos de insolvencia transfronteriza sino que además han impedido que se protegiera y se optimizara el valor de los bienes del deudor insolvente, y su aplicación es imprevisible. Además, las diferencias y, en algunos casos, los conflictos entre los regímenes nacionales han creado obstáculos innecesarios para el logro de los objetivos económicos y sociales básicos de los procedimientos de insolvencia. A menudo ha habido falta de transparencia al no existir reglas claras sobre el reconocimiento de los derechos y de la prelación de los acreedores existentes, el tratamiento de los acreedores extranjeros y la ley que será aplicable a las cuestiones transfronterizas. Si bien muchas de esas deficiencias ya son evidentes en los regímenes nacionales de la insolvencia, sus repercusiones pueden ser mucho mayores en los casos transfronterizos, particularmente cuando se proceda a la reorganización de una empresa insolvente.

2. Además de la insuficiencia de los regímenes existentes, la incertidumbre acerca de cómo se aplicarán y los costos y las demoras potenciales en su aplicación ha incrementado la inseguridad, lo cual puede repercutir en las corrientes de capital y en la inversión transfronteriza. Hay factores que varían, como la aceptación de distintos tipos de procedimientos, la comprensión de conceptos clave y el trato dado a las partes interesadas en procedimientos de insolvencia. Por ejemplo, hay países en que tienen lugar más procedimientos de reorganización o rehabilitación que en otros. Hay grandes variaciones entre los países en lo que respecta a la participación de los acreedores garantizados en procedimientos de insolvencia y al trato dado a dichos acreedores. Varían también según los países los tipos reconocidos de procedimientos y sus efectos. En el contexto de los procedimientos de reorganización cabe citar, como ejemplo, el caso en que la ley de un Estado prevea que un deudor en posesión de sus bienes siga ejerciendo funciones de gestión, mientras que en otro Estado en el que se lleve a cabo simultáneamente un procedimiento de insolvencia contra el mismo deudor se destituirán los directivos o se liquidará la empresa del deudor. En muchos regímenes nacionales de la insolvencia se ha propugnado que, en sus propios procedimientos de insolvencia, se aplique el principio de la universalidad y se persiga el objetivo de un procedimiento

unificado en virtud del cual las órdenes judiciales tengan validez respecto de los bienes ubicados en el extranjero. Al mismo tiempo, esos mismos regímenes no reconocen la universalidad reclamada en procedimientos de insolvencia extranjeros. Además de las diferencias entre conceptos fundamentales y el trato dado a los participantes, algunos de los efectos de los procedimientos de insolvencia, como la aplicación de una paralización o suspensión de acciones contra el deudor o sus bienes, considerados elementos clave de muchos regímenes, no pueden trasladarse eficazmente de un país a otro.

3. Además de la falta de esfuerzos de reforma legislativa en los países, ha habido también una ausencia de tratados multilaterales con efecto a nivel mundial. Se han negociado varios tratados de ámbito regional, pero esos acuerdos solo suelen ser posibles (y adecuados) para los países de la región de que se trate cuyos regímenes de la insolvencia y cuyas legislaciones comerciales generales sean similares (véase el párrafo 20 *infra*). La experiencia ha demostrado que, pese al potencial que tienen los tratados internacionales como instrumentos para fomentar una amplia armonización, los esfuerzos de negociación de tales acuerdos han sido sustanciales y, según ha señalado un comentarista, cuanto mayor sea el grado de utilidad práctica que se trate de conseguir mediante un tratado, más costará conseguir que dé resultados y mayor será el riesgo de que termine fracasando. Los intentos de armonizar la legislación en materia de insolvencia en Europa constituyen un buen ejemplo de ello. Desde 1960 se ha intentado formular una convención sobre la quiebra que guarde cierto paralelismo con el Convenio de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Estos esfuerzos culminaron con la adopción de la Convención Europea de 1990 sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra (la Convención de Estambul). Al ser ratificada únicamente por un Estado (Chipre), se sustituyó la Convención por un proyecto de Convenio de la Unión Europea relativo a los procedimientos de insolvencia. Si bien los Estados miembros europeos estuvieron a punto de adoptar ese Convenio en noviembre de 1995, su aplicación resultó imposible. Después de ello, se intentó reavivar el espíritu del Convenio en forma de un reglamento de mayo de 1999, que fue adoptado por el Consejo el 29 de mayo de 2000 y que entró en vigor el 31 de mayo de 2002 (véase el párrafo 21 *infra*).

B. Iniciativas internacionales

4. Para hacer frente a la falta de esfuerzos de reforma legislativa a nivel nacional, algunas organizaciones no gubernamentales lanzaron varias iniciativas internacionales con el fin de lograr que se elaborara un marco jurídico para la armonización de los procedimientos de insolvencia transfronteriza.

1. Model International Insolvency Cooperation Act

5. Uno de los primeros proyectos de una organización no gubernamental fue la Ley Modelo sobre la Cooperación Internacional en materia de Insolvencia (MIICA), formulada en el decenio de 1980 bajo los auspicios del Comité J de la Sección de Derecho Empresarial de la Asociación Internacional de Abogados y aprobada en 1989 por los Consejos de la Asociación Internacional de Abogados y de la Sección de Derecho Mercantil. La MIICA era una ley modelo que se sugería a los Estados adoptar y que preveía mecanismos por los que un tribunal podía prestar

asistencia y apoyar procedimientos de insolvencia sustanciados en otros Estados. Si bien esa Ley Modelo no consiguió una aceptación amplia y activa por parte de los gobiernos y de los legisladores, tuvo el mérito de presentar el concepto de ley modelo como un instrumento viable para resolver la situación de bloqueo provocada por los continuos intentos fallidos de concertar un tratado de ámbito mundial en materia de insolvencia. La experiencia registrada con la Ley Modelo MIICA puso también de manifiesto la importancia de que prosperara un proyecto encaminado a que los gobiernos intervinieran en el proceso de negociación (un elemento clave en el proceso de la CNUDMI), particularmente cuando el texto que se elaborara requiriera medidas gubernamentales para su adopción, ya fueran de carácter legislativo o de otra índole.

2. Ley Modelo de la CNDUMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

6. La Ley Modelo de la CNUDMI fue adoptada por la Comisión en 1997. Este instrumento se centra en la elaboración del marco legislativo necesario para facilitar la cooperación y la coordinación en casos de insolvencia transfronteriza con miras a promover el logro de los siguientes objetivos generales:

a) La cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes del Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza;

b) Una mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones;

c) Una administración equitativa y eficiente de las insolvencias transfronterizas, que proteja los intereses de todos los acreedores y de las demás partes interesadas, incluido el deudor;

d) La protección de los bienes del deudor, y la optimización de su valor, así como

e) Facilitar la reorganización de empresas en dificultades financieras, a fin de proteger el capital invertido y de preservar el empleo[7].

7. Estos principios plantean una serie de cuestiones relacionadas con la posibilidad de que los tribunales, en el ejercicio de sus facultades de administración de los casos de que conozcan, puedan o estén autorizados a actuar conjuntamente o a ponerse en contacto con tribunales extranjeros que juzguen un caso conexo que afecte al mismo deudor. Por ejemplo, ¿pueden los tribunales tratar equitativamente a las partes interesadas comunes, dar acceso a sus foros a las partes interesadas extranjeras en pie de igualdad con las partes interesadas del país o permitir que la jurisdicción de otro Estado asuma las funciones principales de administración de una reorganización? La experiencia ha demostrado, en concreto, que muchas veces algunos tribunales no pueden o no están dispuestos a traspasar las actuaciones inhibiéndose a favor de un tribunal extranjero y que, por lo tanto, prefieren que haya procedimientos paralelos de insolvencia o considerar que los procedimientos principales y no principales, según lo dispuesto en el régimen pertinente, son procedimientos concurrentes o paralelos. Esa preferencia puede basarse en el derecho aplicable o en el deseo de proteger los intereses de los acreedores nacionales.

[7] Preámbulo de la Ley Modelo de la CNUDMI.

8. En su resolución de 1997[8], en la que se recomendaba a los Estados que adoptaran la Ley Modelo de la CNUDMI, la Asamblea General de las Naciones Unidas declaraba de forma categórica que el texto era necesario y oportuno e indicaba su objetivo fundamental. Concretamente, la Asamblea observó que, debido al aumento de la actividad mercantil y de las inversiones transfronterizas, se producían más casos en que las empresas y las personas físicas tenían bienes en más de un Estado, por lo que en muchos casos era apremiante la necesidad de cooperación y coordinación transfronterizas en la supervisión y administración de los bienes y negocios del deudor insolvente. Con una coordinación y cooperación insuficientes en tales casos no solo se reducía la posibilidad de rehabilitar empresas en dificultades financieras, pero viables, sino que además se impedía una administración equitativa y eficaz de las insolvencias transfronterizas, con lo que aumentaban las probabilidades de que el deudor ocultara o dilapidara bienes y dificultara la reorganización o liquidación de los bienes y negocios del deudor, que sería lo más ventajoso para los acreedores y otras partes interesadas, incluidos los deudores y sus empleados.

9. La Asamblea General señalaba además que muchos Estados no tenían establecido un régimen jurídico que posibilitara o facilitara la coordinación y la cooperación transfronterizas. Además, se declaraba convencida de que una legislación equitativa e internacionalmente armonizada sobre la insolvencia transfronteriza, que respetara los regímenes procesales y judiciales nacionales y fuera aceptable para Estados con diferentes ordenamientos jurídicos, sociales y económicos, no solo coadyuvaría al desarrollo del comercio y de las inversiones internacionales sino que además ayudaría a los Estados a modernizar su legislación en materia de insolvencia transfronteriza.

10. Entre 1995 y 1997, un grupo de trabajo intergubernamental, integrado por representantes de 72 Estados, siete organizaciones intergubernamentales y diez organizaciones no gubernamentales, negoció la Ley Modelo de la CNUDMI. Como Ley Modelo, es preciso incorporar este instrumento al derecho interno a fin de que sirva de marco legislativo unilateral para la insolvencia transfronteriza. La Ley Modelo de la CNUDMI se centra en lo requerido para facilitar la administración de los casos de insolvencia transfronteriza y para crear vínculos entre ordenamientos jurídicos y, por lo tanto, respeta las diferencias que se dan de un derecho procesal interno a otro y no intenta unificar el derecho sustantivo de la insolvencia (el derecho sustantivo de la insolvencia se aborda en la Guía Legislativa de la CNUDMI).

11. El texto de la Ley Modelo de la CNUDMI ofrece soluciones que pueden ser útiles por razones que, no por modestas, dejan de ser significativas y que giran en torno a cuatro elementos clave: a) el acceso a los tribunales internos para los representantes de procedimientos de insolvencia sustanciados en el extranjero y para los acreedores; b) el reconocimiento de determinadas órdenes dictadas por tribunales extranjeros; c) el otorgamiento de medidas para ayudar a sustanciar procedimientos extranjeros; y d) las medidas para facilitar la cooperación entre los tribunales de los Estados en que estén ubicados los bienes del deudor.

12. Entre las soluciones que brinda la Ley Modelo de la CNUDMI cabe citar las siguientes:

[8] Resolución 52/158 de la Asamblea General, de 15 de diciembre de 1997.

a) Dar acceso a la persona que administre un procedimiento de insolvencia extranjero ("representante extranjero") a los tribunales del Estado promulgante, lo que le permitirá recabar cierto "margen" temporal, y dará ocasión para que esos tribunales puedan determinar qué medidas de coordinación judicial o de otra índole procede otorgar para optimizar la administración de la insolvencia;

b) Determinar cuándo debe otorgarse el "reconocimiento" a un procedimiento de insolvencia extranjero y cuáles serán las consecuencias de ese reconocimiento;

c) Formular procedimientos simplificados para el reconocimiento;

d) Enunciar en términos transparentes el derecho de los acreedores a entablar un procedimiento de insolvencia en el Estado promulgante o a participar en un procedimiento de esa índole;

e) Facultar a los tribunales y a los representantes de la insolvencia del Estado promulgante para cooperar más eficazmente con los tribunales y representantes extranjeros que intervengan en un asunto de insolvencia;

f) Autorizar a los tribunales del Estado promulgante y a las personas que administren procedimientos de insolvencia en ese Estado a solicitar asistencia en el extranjero;

g) Establecer reglas para la coordinación en caso de haberse abierto procedimientos paralelos en el Estado promulgante y en otro Estado.

13. La falta de un marco legislativo y la incertidumbre sobre las facultades del tribunal local para cooperar con tribunales extranjeros limitan muy a menudo la cooperación y coordinación entre tribunales de diversas jurisdicciones en casos de insolvencia transfronteriza. Como ya se ha señalado, la Ley Modelo de la CNUDMI tiene por objeto ayudar a los Estados a dotar a sus respectivos regímenes de la insolvencia de tal marco legislativo moderno y armonizado.

14. En la Guía para la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI al derecho interno se hace hincapié en el carácter primordial que tiene la cooperación en los casos de insolvencia transfronteriza para que los procedimientos puedan sustanciarse de manera eficaz y se optimicen sus resultados. A este respecto, un elemento crucial es la cooperación entre los tribunales que llevan a cabo los diversos procedimientos de un determinado caso (artículo 25) y entre esos tribunales y los representantes de la insolvencia nombrados en cada uno de los procedimientos (artículo 26). Un factor clave de la cooperación puede ser el establecimiento de comunicaciones entre las autoridades administradoras de los Estados pertinentes. Si bien en la Ley Modelo de la CNUDMI se prevé la autorización de la cooperación y comunicación transfronterizas entre jueces, no se especifica la forma en que podrán mantenerse tal cooperación y tal comunicación, con lo que corresponde a cada jurisdicción determinar o aplicar sus propias reglas. En cambio, en la Ley Modelo sí se señala que la habilitación de un tribunal, con la oportuna participación de las partes, para comunicar "directamente" y para solicitar información y asistencia "directamente" del tribunal o del representante extranjero trata de evitar que se haya de recurrir a ciertas vías tradicionales demasiado lentas, como sería la carta rogatoria. Dado que los procedimientos de insolvencia son de por sí caóticos y que

el valor de los bienes se disipa con el paso del tiempo, esa habilitación es esencial si el tribunal juzga que ha de actuar con celeridad[9].

15. En marzo de 2009 se habían aprobado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI en los siguientes países y territorios: Australia (2008), Colombia (2006), Eritrea (1998), Eslovenia (2008), los Estados Unidos de América (2005), Gran Bretaña (2006), Islas Vírgenes Británicas (territorio ultramarino del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte) (2005), el Japón (2000), México (2000), Montenegro (2002), Nueva Zelandia (2006), Polonia (2003), la República de Corea (2006), Rumania (2003), Serbia (2004) y Sudáfrica (2000).[10]

3. Cross-Border Insolvency Concordat, de la Asociación Internacional de Abogados

16. Una iniciativa distinta fue la que adoptó el Comité J de la Asociación International de Abogados, que a principios del decenio de 1990 elaboró un *Concordat* sobre la Insolvencia Transfronteriza basado en reglas de derecho internacional privado. La finalidad del *Concordat* era sugerir directrices para las insolvencias transfronterizas y las reorganizaciones que los participantes y los tribunales pudieran adoptar para resolver en la práctica diversas cuestiones. Entre ellas cabe citar la designación del foro administrativo; la aplicación de las reglas de dicho foro en materia de prelación; las reglas aplicables a los casos en que haya más de un foro administrativo; y la determinación de las reglas aplicables para la anulación de ciertas operaciones concretas realizadas antes de la insolvencia. El *Concordat* se aplicó inicialmente en casos en que los Estados afectados eran el Canadá y los Estados Unidos, y lo aplicaron algunos de los jueces que habían contribuido a la elaboración del *Concordat*. En varias ocasiones, los Estados Unidos y el Canadá han concertado acuerdos de insolvencia transfronteriza basados en el *Concordat*; también se han concertado acuerdos de esta índole entre los Estados Unidos e Israel, las Bahamas, las Islas Caimán, Inglaterra, las Bermudas y Suiza.

17. Este tipo de cooperación se ha convertido en práctica habitual, al menos en ciertos Estados. La ausencia de tratados formales o de legislación interna que regule los problemas derivados de los casos de insolvencia transfronteriza ha incitado a los profesionales de la insolvencia a formular estrategias y técnicas, caso por caso, para resolver los conflictos que se planteaban cuando los tribunales de distintos Estados trataban de aplicar diferentes leyes e imponer distintos requisitos a los mismos conjuntos de partes. Las disposiciones y la duración de los acuerdos varían de un caso a otro, y al enmendarse o modificarse los acuerdos durante los procedimientos se tiene en cuenta la dinámica variable de una insolvencia plurinacional para facilitar soluciones de los problemas singulares que puedan surgir durante el procedimiento.

18. Ya en 1992 se recurrió a un acuerdo con motivo de la insolvencia de *Maxwell Communication Corporation*, empresa que quedó sujeta a administración en Inglaterra y, al mismo tiempo, a procedimientos del capítulo 11 en Nueva York, nombrándose, respectivamente, a administradores y a un síndico. Los acuerdos tal vez no sean la solución apropiada para todos los casos; cada uno tendrá su contenido específico y su negociación requerirá tiempo, lo que constituirá una base suficiente

[9] Ley Modelo de la CNUDMI, Guía para la incorporación al derecho interno, párr. 179.

[10] Esta información se actualiza periódicamente en la página de la CNUDMI en Internet: www.uncitral.org (véase “Textos de la CNUDMI y su situación”).

para justificar los costos de la negociación y la cooperación entre los dos tribunales y entre los profesionales de la insolvencia en cada jurisdicción. No obstante, los casos en que se ha recurrido a acuerdos transfronterizos constituyen ejemplos del modo en que la cooperación y la coordinación entre los jueces, los tribunales y los profesionales de la insolvencia pueden mejorar el derecho internacional de la insolvencia cuando no se hayan encontrado soluciones mediante reformas legislativas generales de ámbito nacional, regional o internacional. Con frecuencia, los acuerdos han ofrecido soluciones innovadoras ante problemas transfronterizos y han permitido a los tribunales abordar los hechos concretos de cada caso. Si bien se limita la utilización que se haga de los acuerdos para lograr una armonización más amplia del derecho internacional de la insolvencia y de la práctica, cada vez se utilizan más los acuerdos y la información sobre ellos está cada vez más difundida.

4. Acuerdos regionales

19. Si bien se han negociado algunos tratados a nivel regional, esos acuerdos solo suelen ser posibles (y adecuados) para los países de una región concreta cuyos regímenes de la insolvencia y cuya legislación comercial general sean similares. Por necesidad, la aplicación de esos acuerdos se circunscribe al grupo regional de los Estados contratantes.

20. Entre los tratados multilaterales de ámbito regional cabe destacar: en América Latina, los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, y en la región nórdica, la Convención sobre la Quiebra entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia (concertada en 1933 y enmendada en 1977 y 1982). Aunque sin duda estos tratados regionales mejoran la situación entre sus respectivos Estados contratantes, es probable que la creciente mundialización de los negocios y de las inversiones y la consiguiente extensión de las insolvencias internacionales afecte a Estados no participantes, lo cual pone de relieve las limitaciones inherentes a todo régimen convencional de ámbito regional. No obstante, los acuerdos regionales pueden resultar útiles, como etapa inicial, para una cooperación más amplia.

21. Como ya se ha señalado, el Reglamento (CE) regula los complejos problemas de la insolvencia transfronteriza estableciendo un marco vinculante en cuyo contexto todo procedimiento de insolvencia que tenga lugar en un Estado miembro de la UE puede reconocerse y ejecutarse en el resto de los países de la Unión. En el Reglamento (CE) se reconoce que, para que su mercado interno funcione debidamente, es preciso que los procedimientos de insolvencia transfronteriza puedan sustanciarse de manera eficaz y eficiente. Un obstáculo para tal eficacia, que se trata de impedir en el Reglamento, es la elección del foro más conveniente (*forum shopping*), consistente en que las partes transfieren sus bienes o trasladan los litigios de un Estado miembro a otro en busca de una posición jurídica más favorable[11]. El Reglamento (CE) impone un régimen imperativo para el ejercicio de la competencia para abrir procedimientos de insolvencia y la elección de reglas de derecho, que determinen la ley que regirá cada aspecto pertinente del procedimiento de insolvencia al que se aplique el Reglamento, y reconoce la importancia de la cooperación entre los procedimientos. En el artículo 31 se impone a los síndicos o representantes de la insolvencia de los distintos procedimientos de insolvencia paralelos la obligación de cooperar y de comunicar información, pero no se detalla

[11] Preámbulo del Reglamento (CE), considerandos 2) y 4).

mucho el grado necesario de comunicación y cooperación. Esta cuestión se aborda en las *CoCo Guidelines* (Directrices europeas para la comunicación y la cooperación en la insolvencia transfronteriza), preparadas bajo los auspicios de la *Academic Wing* de *INSOL Europe*, que constituyen una serie de pautas para la comunicación y la cooperación que pueden seguir los representantes de la insolvencia en casos de insolvencia transfronteriza.

5. *Guidelines Aplicable to Court-to-Court Communications in Cross-Border Cases* (Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos)[12]

22. En 2000, el *American Law Institute* (ALI) elaboró las Pautas aplicables a las comunicaciones entre tribunales en casos transfronterizos (en adelante, "las Court-to-Court Guidelines") en el marco de su labor sobre la insolvencia transnacional en los Estados partes en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Trabajó en el proyecto un equipo de jueces, abogados y profesores de los tres países miembros del Tratado: el Canadá, los Estados Unidos y México. Las *Court-to-Court Guidelines* tienen por objeto fomentar y facilitar la cooperación en casos internacionales de insolvencia. No pretenden alterar ni modificar las reglas o los procedimientos internos aplicables en cada país ni menoscabar o afectar a los derechos sustantivos de las partes en procedimientos que se sigan ante los tribunales. Han sido aprobadas por el *International Insolvency Institute* (III) y por el *Insolvency Institute* del Canadá y han sido secundadas por diversos tribunales que, además, las han aplicado en varios casos de insolvencia transfronteriza, como *PSINet* y *Matlack* (véase el anexo).

[12] Pueden consultarse en Internet, concretamente en el sitio www.ali.org/doc/Guidelines.pdf.

II. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: posibles formas de cooperación en el marco del artículo 27[13]

1. La falta de un marco legislativo y la incertidumbre sobre las facultades del tribunal local para cooperar con tribunales extranjeros limitan a menudo en gran medida la cooperación y coordinación entre tribunales de diversas jurisdicciones en casos de insolvencia transfronteriza. Como ya se ha señalado, la Ley Modelo de la CNUDMI brinda este marco legislativo autorizando la cooperación y comunicación entre tribunales de distintos países. Sin embargo, la Ley Modelo no especifica la forma en que pueden lograrse esa cooperación y esa comunicación. A fin de prestar asistencia a los Estados en que no sea muy habitual la cooperación transfronteriza directa entre los tribunales y a los Estados que tradicionalmente limiten el poder discrecional de los tribunales, en el artículo 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI se enumeran posibles formas de cooperación a las que cabe recurrir para coordinar casos de insolvencia transfronteriza y que se analizan a continuación.

A. Artículo 27 a): nombramiento de una persona para que actúe bajo dirección del tribunal

2. Esta persona puede ser nombrada por un tribunal con la misión de facilitar la coordinación de los procedimientos de insolvencia que tengan lugar en distintos Estados y que afecten al mismo deudor. Las funciones de esa persona pueden consistir, por ejemplo, en actuar de intermediaria entre los tribunales pertinentes, especialmente cuando haya problemas de idiomas; elaborar un acuerdo; y promover entre las partes una solución de consenso de los problemas planteados. Cuando el tribunal nombre a tal persona, en la orden que dicte al respecto indicará las condiciones del nombramiento y las facultades que podrá ejercer la persona designada. Dicha persona puede tener que informar periódicamente al tribunal o a los tribunales en que tengan lugar los procedimientos, así como a las partes.

3. En el caso *Maxwell*, por ejemplo, el tribunal de los Estados Unidos nombró un síndico con amplios poderes, de conformidad con el capítulo 11 del Código de la Quiebra (*Bankruptcy Code*) de los Estados Unidos y le dio órdenes de que facilitara

---

[13] Artículo 27. Formas de cooperación
La cooperación de la que se trata en los artículos 25 y 26 podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado, y en particular mediante:
a) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo dirección del tribunal;
b) La comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno;
c) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del deudor;
d) La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos;
e) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo deudor;
f) [El Estado que incorpore el nuevo régimen tal vez desee indicar otras formas o ejemplos de cooperación].

la coordinación de los distintos procedimientos. En el caso *Nakash*, el tribunal de los Estados Unidos nombró también un síndico, encomendándole, entre otras cosas, que elaborara un protocolo para armonizar y coordinar los procedimientos seguidos conforme al capítulo 11 en los Estados Unidos con ciertos procedimientos que tenían lugar en Israel con el objetivo final de propiciar una solución por consenso del caso seguido en los Estados Unidos conforme al capítulo 11. En el caso *Matlack*, el acuerdo transfronterizo preveía que el intermediario presentara al tribunal periódicamente, o a instancia del mismo, informes en los que resumiera la situación de los procedimientos de insolvencia extranjeros y proporcionara al tribunal toda otra información que exigiera.

B. Artículo 27 b): comunicación de información por cualquier medio que el tribunal considere oportuno

4. Un elemento esencial de la cooperación puede ser el establecimiento de comunicaciones entre las autoridades de los Estados pertinentes que administren procedimientos. Los artículos 25 y 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI autorizan las comunicaciones directas entre tribunales, entre tribunales y representantes de la insolvencia y entre representantes de la insolvencia. En los casos en que se haya adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI, estas disposiciones constituyen la autorización legislativa necesaria para tal comunicación, pero en ellas no se especifican detalles sobre cómo debe efectuarse esa comunicación; tan solo se indica, en el artículo 27, que, por ejemplo, la comunicación podrá efectuarse por cualquier medio considerado oportuno por el tribunal. La Ley Modelo de la CNUDMI prevé que las comunicaciones autorizadas estarán sujetas a toda norma de derecho imperativo aplicable en el Estado promulgante, por ejemplo, a las reglas que restrinjan la comunicación de información con fines como el de proteger los datos personales o la confidencialidad[14]. La habilitación de un tribunal para comunicar "directamente" y para solicitar información y asistencia "directamente" del tribunal o de representantes extranjeros, con la que se trata de evitar que se deba recurrir a ciertas vías tradicionales demasiado lentas, como la de la carta rogatoria, es esencial si el tribunal juzga que ha de actuar con celeridad[15].

5. El establecimiento de comunicación en casos de insolvencia transfronteriza puede ser de utilidad en muchos aspectos de los procedimientos transfronterizos. Concretamente, puede ayudar a las partes a comprender mejor las consecuencias o la aplicación de un derecho extranjero, en particular las diferencias o los solapamientos que, en otro caso, podrían dar lugar a litigios; la comunicación también puede propiciar soluciones negociadas aceptables para todas las partes, y suscitar reacciones más fiables de ellas, evitando así las manifestaciones parciales y las distorsiones de los hechos inherentes a los procedimientos en que las partes defienden sus intereses particulares en sus propias jurisdicciones. La comunicación puede también fomentar los intereses internacionales facilitando una mejor comprensión que a su vez contribuirá a fomentar los negocios internacionales y a preservar el valor que, de otro modo, se perdería a causa de la fragmentación de las acciones judiciales. De entrada, puede ser difícil determinar los beneficios

[14] Ley Modelo de la CNUDMI, Guía para la incorporación al derecho interno, párr. 182.
[15] *Ibid.*, párr. 179.

potenciales de la comunicación, que tal vez no se hagan patentes hasta que se haya mantenido tal comunicación. Por ejemplo, la comunicación transfronteriza puede poner en evidencia algún hecho o procedimiento que conformará sustancialmente la solución óptima del caso y, a más largo plazo, puede impulsar la reforma legislativa.

6. La comunicación de información puede tener lugar por medio de un intercambio de documentos (por ejemplo, copias de órdenes oficiales, sentencias, opiniones, motivos de justificación de decisiones, transcripciones de actuaciones, declaraciones juradas por escrito y otras pruebas) o verbalmente. Los medios de comunicación pueden ser el correo postal, el fax o el correo electrónico, o las llamadas telefónicas simples o por videoconferencia. También pueden facilitarse a las partes copias de comunicaciones escritas de acuerdo con las disposiciones aplicables sobre notificaciones. La comunicación puede efectuarse directamente entre jueces o entre funcionarios judiciales o a través de ellos (o, como se ha señalado, con un intermediario nombrado por el tribunal) o entre representantes de la insolvencia, según lo que dispongan las reglas del país. El desarrollo de nuevas tecnologías de comunicación fomenta diversos aspectos de la cooperación y coordinación, con la posibilidad de reducir las demoras y, en su caso, de facilitar el contacto personal cara a cara. Estos métodos de comunicación directa se utilizan cada vez más, a medida que se multiplican los litigios a nivel mundial. Hasta la fecha se han preferido las videoconferencias, más que las llamadas telefónicas, pues permiten controlar bien el proceso y facilitan una organización disciplinada de la comunicación gracias a que los participantes pueden verse y oírse entre sí.

7. La comunicación de información entre jueces u otras partes interesadas plantea una serie de cuestiones que sería preciso tener en cuenta para asegurar que las comunicaciones sean abiertas, eficaces y fidedignas y que se sigan los debidos procedimientos. De forma general, podría ser apropiado estudiar si la comunicación debería tratarse como una cuestión de rutina en los procedimientos de insolvencia transfronteriza o si solo debería recurrirse a ella cuando se considerara estrictamente necesaria; si únicamente debería mantenerse con respecto a cuestiones de procedimiento o si también podría abarcar cuestiones sustantivas; si un juez podría propugnar la adopción de determinados criterios de acción; y, respecto de las salvaguardias, como las que se mencionan más abajo (véase la tercera parte, párrafos 30 a 32 y 185 a 188 *infra*), si las salvaguardias debieran poder aplicarse en todos los casos o si podría haber excepciones.

8. En todo caso concreto, será necesario determinar, según proceda en la jurisdicción pertinente: los procedimientos correctos que deberán seguirse, inclusive las personas que participarán en la comunicación y toda limitación eventualmente aplicable; las cuestiones que deberán tomarse en consideración; si las partes abrigan las mismas intenciones o tienen la misma concepción de la comunicación; toda salvaguardia que será aplicable para proteger los derechos sustantivos y procesales de las partes; el idioma en que se realizará la comunicación y, en su caso, la necesidad de traducir documentos escritos o de interpretar comunicaciones verbales; y los métodos aceptables de comunicación. Por lo general, en los acuerdos transfronterizos se intenta compaginar los intereses de los distintos interesados y evitar que la metodología prevista en el acuerdo perjudique materialmente a una de las partes. Conforme a las salvaguardias, las partes (es decir, todas ellas y sus representantes o letrados) pueden tener derecho a que se les notifique toda comunicación propuesta y el objeto de la misma, así como a estar presentes cuando

se efectúe la comunicación y a participar en ella y que tal comunicación conste en acta, figurando así en las actas de los procedimientos y quedando a la disposición de los letrados de ambos tribunales, a reserva de las medidas de protección de la confidencialidad que los tribunales puedan estimar convenientes.

9. Si no se ha adoptado la Ley Modelo de la CNUDMI, puede faltar la autorización legislativa para efectuar una comunicación en procedimientos de insolvencia transfronteriza. Los distintos enfoques adoptados para la comunicación entre los tribunales y las partes sirven para ilustrar algunos de los problemas que pueden plantearse. Además de la ausencia de una autorización específica, ocurre muchas veces que los tribunales de distintas jurisdicciones vacilan a la hora de comunicarse directamente entre sí o son renuentes a tal comunicación. Estas vacilaciones o renuencias pueden obedecer a consideraciones éticas; a las tradiciones jurídicas; al idioma; o al desconocimiento de las leyes extranjeras y de su forma de aplicación. Algunos Estados adoptan una actitud relativamente liberal en lo que se refiere a la comunicación entre jueces, mientras que, en otros, los jueces no pueden comunicarse directamente con las partes o con los representantes de la insolvencia ni con otros jueces. En algunos Estados, se considera que las comunicaciones con el juez por iniciativa de una parte son normales y necesarias, mientras que en otros tales comunicaciones no resultan aceptables[16]. Dentro de cada Estado, los jueces y los abogados pueden tener distintas opiniones sobre si es apropiado que los jueces mantengan contactos sin el conocimiento o la participación de los abogados de las partes. Por ejemplo, algunos jueces no ven reparos en mantener contactos privados entre sí, mientras que algunos abogados discrepan vehementemente de esa práctica. Habitualmente, los tribunales se centran en los asuntos que juzgan y pueden ser renuentes a la hora de prestar asistencia a procedimientos conexos sustanciados en otros Estados, particularmente cuando los procedimientos de los que sean responsables no parezcan implicar ningún elemento internacional, como un deudor extranjero, acreedores extranjeros u operaciones extranjeras.

10. Los tribunales pueden adoptar directrices, como las *Court-to-Court Guidelines*, para coordinar sus actividades, fomentar la eficiencia y garantizar que las partes interesadas de cada Estado sean tratadas con coherencia. Habitualmente, esas directrices no tienen por objeto alterar ni modificar las reglas o procedimientos internos aplicables en un determinado país y tampoco tienen la finalidad de menoscabar o afectar a los derechos sustantivos de ninguna parte en los procedimientos que se lleven a cabo ante los tribunales. Las directrices pretenden más bien promover una comunicación transparente entre los tribunales, permitiendo así que tribunales de distintas jurisdicciones se comuniquen entre sí, y pueden ser adoptadas por el tribunal para su aplicación general o incorporarse a acuerdos transfronterizos concretos.

[16] Por ejemplo, en los países del TLCAN, las comunicaciones con el juez a instancia de parte son aceptadas en México, pero no ocurre lo mismo en el Canadá y en los Estados Unidos. Véase *Principles of Cooperation Among the NAFTA Countries*, del *American Law Institute*, *Procedural Principle* 10, *Topic* IV.B., comentario, págs. 57 y 58.

C. Artículo 27 c): coordinación de la administración y la supervisión de los bienes del deudor

11. La sustanciación de procedimientos de insolvencia transfronteriza requerirá a menudo la utilización, liquidación en efectivo o enajenación de los bienes de las distintas masas de la insolvencia. Durante el procedimiento al coordinarse esa utilización, liquidación en efectivo y enajenación se contribuirá a evitar controversias y a que lo primordial sea el beneficio de todas las partes interesadas, particularmente en una reorganización. Entre las cuestiones que deben tenerse en cuenta para facilitar la coordinación cabe destacar: la ubicación de los distintos bienes; la determinación de la ley que rija los bienes y de las partes encargadas de determinar el modo en que los bienes podrán utilizarse o enajenarse (por ejemplo, el representante de la insolvencia, los tribunales o, en algunos casos, el deudor), inclusive de las aprobaciones requeridas; la posibilidad de dividir la responsabilidad por esos bienes entre esas distintas partes en los diferentes Estados, o el modo de asignar a dichas partes tal responsabilidad; y la forma en que podrá compartirse la información para asegurar la coordinación y la cooperación. La coordinación puede también ser importante a la hora de hacer indagaciones sobre los bienes del deudor y de plantearse posibles procedimientos de anulación.

D. Artículo 27 d): aprobación o aplicación de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos

12. Como ya se ha señalado, el conjunto de las partes interesadas en los procedimientos de insolvencia, ante la necesidad cotidiana de resolver casos de insolvencia y de intentar coordinar la administración de procedimientos de insolvencia transfronteriza mientras no se adopten de forma generalizada regímenes nacionales o internacionales que faciliten los procedimientos, han formulado acuerdos transfronterizos. Su finalidad es regular los posibles conflictos procesales y sustantivos que puedan plantearse en casos de insolvencia de esta índole, facilitando su resolución mediante la cooperación entre los tribunales, el deudor y otras partes interesadas de distintos países, a fin de trabajar con eficiencia y de incrementar las liquidaciones en efectivo en beneficio de las partes interesadas de jurisdicciones potencialmente concurrentes.

13. Con la adopción de estos acuerdos transfronterizos no se suplanta la incorporación de la Ley Modelo de la CNUDMI al derecho interno como instrumento para facilitar la cooperación y la coordinación transfronterizas, pero dichos acuerdos pueden utilizarse paralelamente a la incorporación de la Ley Modelo al derecho interno, llegando incluso a complementarla. Estos acuerdos se examinan detalladamente en la tercera parte *infra*.

E. Artículo 27 e): coordinación de procedimientos paralelos

14. Cuando se sustancien procedimientos transfronterizos paralelos que afecten a un mismo deudor, la Ley Modelo de la CNUDMI trata de fomentar la adopción de las decisiones óptimas para que se logren los objetivos de ambos procedimientos. En el artículo 29 se da orientación al tribunal cuando este tenga que dirimir casos en

que el deudor esté sujeto a procedimientos nacionales y extranjeros a la vez, regulando las formas en que cabría coordinar esos procedimientos, en particular en lo relativo al otorgamiento de medidas, para asegurar que puedan llevarse adelante los distintos procedimientos sin que queden innecesariamente suspendidos a raíz de una orden de paralización. Por ejemplo, la investigación de los bienes del deudor puede afectar a bienes ubicados en distintos Estados y estas indagaciones pueden verse obstaculizadas por una medida de paralización dictada en una o varias de esas jurisdicciones. Para poder llevar adelante la investigación, puede ser preciso obtener una exención de la paralización. Del mismo modo, un procedimiento entablado en un Estado puede verse beneficiado por la aplicación de una medida de paralización en otro Estado en que no se haya abierto ningún procedimiento de insolvencia con respecto al deudor, pero en que este tenga bienes. El reconocimiento de la paralización dictada en ese segundo Estado contribuiría a proteger los bienes del deudor en beneficio de todos los acreedores. Al reconocer y aplicar una medida de paralización dictada por otro tribunal, el tribunal que juzgue el caso puede consultar al otro tribunal acerca de a) la interpretación y aplicación de la medida de paralización y una posible modificación de esta o el otorgamiento de una exención de los efectos de la paralización; y b) la ejecución de la medida de paralización.

15. Los procedimientos paralelos también pueden coordinarse mediante audiencias conjuntas (véase la tercera parte, párrafos 145 a 150 *infra*) y, en el caso de una reorganización, coordinando los planes de reorganización, particularmente cuando en cada uno de los Estados con procedimientos de insolvencia se requiera el mismo plan o un plan similar. La coordinación puede ser importante a la hora de preparar el plan; para la negociación con los acreedores; para los procedimientos de aprobación; y para la función desempeñada por los tribunales, en particular en lo que respecta a la aprobación del plan y a su ejecución.

16. En el capítulo V de la Ley Modelo de la CNUDMI (artículos 28 a 32) se regulan algunos aspectos concretos de la coordinación de procedimientos paralelos, a saber, la apertura de procedimientos en el país tras reconocerse los procedimientos principales extranjeros; la coordinación de las medidas otorgables; la coordinación de varios procedimientos; la aplicación de una presunción de insolvencia; y las reglas de pago para procedimientos paralelos.

F. Artículo 27 f): otras formas de cooperación

17. A continuación se exponen algunas formas de cooperación que no se mencionan explícitamente en el artículo 27.

a) Cuestiones de jurisdicción y de asignación de controversias entre los tribunales que cooperan en la resolución de un caso

18. Para lograr un nivel apropiado de cooperación puede ser preciso que los tribunales situados en los Estados en que se hayan abierto procedimientos de insolvencia coordinen sus esfuerzos y eviten los tipos de conflicto que pueden surgir cuando se siguen los criterios tradicionales de la reciprocidad y de la regla del primero que juzga (en virtud de la cual pueden sustanciarse litigios paralelos en dos países con las mismas partes y sobre las mismas cuestiones, prevaleciendo la primera sentencia que se dicte). En algunos países, las órdenes de no presentar

demandas, que impiden a una parte abrir o reanudar un procedimiento en otra jurisdicción, pueden también suscitar controversias[17] e impedir que se sustancien debidamente los procedimientos paralelos de insolvencia. Los pleitos derivados de esas órdenes suelen durar tiempo. La cooperación puede implicar, por ejemplo, que se determinen las distintas cuestiones que se presentarán ante los tribunales respectivos (que pueden convenirse entre las partes sin necesidad de que los tribunales dicten una resolución); la inhibición de tribunales a favor de la jurisdicción o de las decisiones de otros tribunales; y, en la medida en que esté permitido, el reparto de responsabilidades entre los tribunales para juzgar diversas cuestiones con el fin de facilitar la coordinación y de evitar solapamientos. Entre algunos Estados existe la tendencia consistente en que algunos tribunales que juzgan casos transnacionales tratan de determinar el foro idóneo para cada caso, en vez de seguir las reglas tradicionales. Esta solución se ha utilizado muy frecuentemente en los casos de insolvencia por ser típico que en esos casos el tribunal tienda a atribuirse una competencia universal.

19. La determinación del foro más apropiado puede implicar que un tribunal se inhiba a favor de otro. También puede suponer que se desestime una acción judicial incoada ante un tribunal para permitir que dicte una resolución el tribunal en que se haya abierto una acción paralela[18]. También puede implicar que un tribunal confiera jurisdicción a otro cuando, por ejemplo, una acción judicial pueda sustanciarse en el segundo tribunal, pero no en el primero. En el caso *Maxwell*, por ejemplo, un acreedor habría estado sujeto a una acción de anulación en los Estados Unidos, pero no en Inglaterra; el tribunal de Inglaterra traspasó sus competencias al tribunal de los Estados Unidos, tras convenir que la aplicación de la ley de los Estados Unidos en este caso sería territorial. No obstante, el tribunal de los Estados Unidos, tras examinar la causa, llegó a la conclusión de que la demanda debería regirse por la ley de la jurisdicción que tuviera mayor interés en el resultado de la controversia que, en este caso, era la ley de Inglaterra. El tribunal de los Estados Unidos reconoció que "en la era de las empresas transnacionales, puede darse el caso de que dos o más países tengan el mismo derecho a considerar que son el país de origen del deudor".

20. Puede ocurrir que no sea posible en todos los casos que los tribunales se inhiban a favor de otro tribunal, ya que muchas veces están obligados a ejercer su jurisdicción o su control exclusivo sobre ciertas cuestiones. Además, en algunos ordenamientos jurídicos, en particular, en los ordenamientos de derecho civil, existen

---

[17] En un caso relativo a procedimientos paralelos en los Estados Unidos y Bélgica, el tribunal de apelación estadounidense adoptó un criterio restrictivo respecto de las órdenes que afecten a procedimientos extranjeros y reconoció que los tribunales solo podrían dictar órdenes de no presentar demandas en los pocos casos en que aquellas fueran necesarias "para proteger la jurisdicción o un aspecto importante de orden público". El tribunal citó como ejemplo el supuesto en que el procedimiento extranjero se iniciara "con la única finalidad de poner fin a una demanda presentada en los Estados Unidos o en que el tribunal extranjero hubiera prohibido a las partes entablar acciones en los Estados Unidos". Véase *Stonington Partners, Inc. v. Lernout & Hauspie Speech Products N.V.*, 310 F.3d 118, 127 (3d Cir. 2002).

[18] Véanse, por ejemplo, los casos *Victrix Steamship Co., S.A. v. Salen Dry Cargo A.B.,* 825 F.2d 709 (2d Cir. 1987), causa en la que un tribunal de los Estados Unidos decidió desestimar una demanda contra un deudor en un procedimiento de insolvencia en Suecia inhibiéndose a favor de dicho procedimiento; y *Cunard Steamship Co. v. Salen Reefer Serv. A.B.,* 773 F.2d 452 (2d Cir. 1985), causa en que se desestimó de modo similar una demanda de arbitraje para que se resolviera en el marco de un procedimiento de insolvencia.

reglas procesales que limitan la posibilidad de inhibirse a favor de otro tribunal. Sin embargo, el representante de la insolvencia puede tener la facultad discrecional de simplemente inhibirse y no llevar adelante una determinada acción ante el tribunal de su país, dejando así que el representante de un procedimiento conexo que se lleve a cabo en otro Estado prosiga la acción en dicho país.

b) Coordinación de la presentación de los créditos y de la verificación de su admisibilidad y de su prelación

21. La coordinación de los procedimientos para la verificación y admisión de créditos puede facilitar la administración de los múltiples procedimientos de insolvencia transfronteriza en los que haya un gran número de acreedores afectados en distintos países. Cabría adoptar diversas medidas, por ejemplo: determinar una jurisdicción única para la presentación, la verificación y la admisión de los créditos y asignar la competencia en ese proceso al tribunal o al representante de la insolvencia; coordinar el proceso cuando deban presentarse créditos en más de un procedimiento y requerir también a los representantes de la insolvencia que intercambien listas de acreedores y de los créditos admitidos, y armonizar los plazos y procedimientos para la presentación de créditos; prever el reconocimiento en otros Estados de los créditos verificados y admitidos en un Estado; fijar la prelación de los créditos, y otras medidas. La coordinación del trato dado a los créditos es una de las cuestiones que normalmente se regulan en los acuerdos transfronterizos (véase la tercera parte, párrafos 120 a 131 *infra*).

III. Acuerdos transfronterizos

A. Cuestiones preliminares

1. Como ya se ha observado (véase Introducción, párrafo 4, y Segunda parte, párrafo 12 *supra*), el *acuerdo transfronterizo* constituye uno de los instrumentos destinados a facilitar la gestión de insolvencias transfronterizas múltiples.

2. Como también se ha dicho anteriormente, algunos de los proyectos internacionales encaminados a facilitar los procedimientos de insolvencia transfronteriza se refieren de forma más o menos explícita a aspectos de esos acuerdos, en particular a los "protocolos" transfronterizos, cuya utilización se recomienda en algunos casos. Por ejemplo, en ciertos proyectos internacionales, como en el *Concordat*, se han formulado principios para contribuir a la negociación de los protocolos. En las *CoCo Guidelines* se recomienda recurrir a los acuerdos transfronterizos por constituir el mejor medio para lograr la cooperación, mientras que en las *Court-to-Court Guidelines* se hace referencia al empleo de acuerdos transfronterizos en el contexto de audiencias conjuntas. Como se indica en el análisis que figura a continuación, en algunos acuerdos se incorporan por remisión las cláusulas de esos instrumentos; en otros acuerdos se redactan las disposiciones concretas siguiendo el enunciado de esos textos.

3. En la parte que figura a continuación se examina, sobre la base de la experiencia práctica registrada, la naturaleza y el uso de los acuerdos transfronterizos, se especifican algunas de las condiciones que justifican el empleo de tales acuerdos y se enuncia toda la gama de aspectos incluidos en los acuerdos existentes, con comentarios sobre la forma en que se han tratado dichos acuerdos en distintos casos.

1. ¿Qué es un acuerdo transfronterizo?

4. Por lo general, los acuerdos transfronterizos son acuerdos que se celebran con miras a facilitar la cooperación y la coordinación transfronterizas de múltiples procedimientos de insolvencia entablados contra un mismo deudor en distintos Estados. Según la opinión del tribunal en el caso *MacFadyen*, un acuerdo transfronterizo es "un buen arreglo de sentido común que conviene hacer y del que, sin lugar a dudas, se benefician todas las partes interesadas". Estos acuerdos tienen por objeto coadyuvar a la gestión de esos procedimientos y tratan de poner de manifiesto la armonización de cuestiones procesales, y no sustantivas, entre las jurisdicciones interesadas (si bien, en un número limitado de circunstancias, pueden abordarse cuestiones sustantivas). Los acuerdos transfronterizos varían en su forma (escrita o verbal) y en su alcance (genérico o concreto) y pueden ser concertados por distintas partes. Los simples acuerdos genéricos pueden poner de relieve la necesidad de estrechar la cooperación entre las partes, sin abordar cuestiones concretas, mientras que en los acuerdos más detallados y concretos se establece un marco de principios que deberán regir los procedimientos de insolvencia múltiples y que podrán ser aprobados por los tribunales, y en ellos las partes convienen en adoptar determinadas medidas o en entablar ciertas acciones o en abstenerse de adoptarlas o entablarlas.

5. Si bien esos acuerdos difieren en la forma, pretenden casi siempre ser vinculantes para las partes que los celebren y regular un conjunto similar de cuestiones. Se denominan, las más de las veces, "protocolos", si bien se han empleado también

otros títulos, como contratos de administración de la insolvencia, acuerdos de cooperación y transacción, y memorandos de entendimiento. Dado que el término "protocolo" no refleja necesariamente la diversidad de acuerdos que se conciertan en la práctica, en las presentes Notas se emplea el concepto más general de "acuerdo transfronterizo".

6. Se ha recurrido con éxito a los acuerdos transfronterizos en procedimientos de insolvencia, tanto de reorganización como de liquidación, y en una amplia gama de situaciones como, por ejemplo, los procedimientos plenarios múltiples; los procedimientos auxiliares abiertos contra las mismas partes en distintos Estados; los procedimientos principales y no principales; los procedimientos de insolvencia sustanciados en un Estado y los procedimientos de otra índole entablados contra el mismo deudor en otro Estado; y los procedimientos de insolvencia contra grupos de empresas. Los acuerdos transfronterizos también se han aplicado en casos que afectaban a Estados con distintas tradiciones jurídicas, es decir, entre ordenamientos de *common law* y ordenamientos de derecho civil.

7. Además de promover una coordinación y resolución eficaces a nivel mundial de múltiples procedimientos incoados contra un deudor, los acuerdos transfronterizos tienen también la finalidad de proteger los derechos fundamentales que tienen, en un determinado país, las partes que intervienen en dichos procedimientos. Con esos acuerdos se ha contribuido en gran medida a reducir los costos de las acciones judiciales[19] y las partes han podido concentrarse en los procedimientos en sí sin tener que resolver problemas de conflictos de leyes y otras controversias de esta índole. Desde esta perspectiva, muchos profesionales de la insolvencia familiarizados con la aplicación de tales acuerdos consideran que esos instrumentos tienen una importancia clave para formular soluciones apropiadas para casos concretos, sin las cuales algunos procedimientos habrían tenido escasas probabilidades de culminar con éxito. El auge que ha experimentado la utilización de este tipo de acuerdos deja entrever la posibilidad de que, con el tiempo, se conviertan en la norma para resolver casos con notables componentes internacionales; por el momento, sin embargo, los acuerdos transfronterizos no están extendidos por todo el mundo y solo se recurre a ellos en un número limitado de Estados.

8. Por lo común, los acuerdos transfronterizos se elaboran en función de los problemas concretos que plantea un caso y de las necesidades de las partes interesadas. Pueden estar concebidos para facilitar la elaboración de un marco de principios generales que regulen cuestiones administrativas propias del carácter transfronterizo e internacional de los procedimientos de insolvencia y la finalidad de tales acuerdos puede consistir en:

a) Promover la seguridad jurídica y la eficiencia en la gestión y administración de los procedimientos;

b) Contribuir a aclarar las expectativas de las partes;

c) Reducir las controversias y, cuando se planteen, contribuir a resolverlas de manera eficaz;

[19] En el procedimiento *Everfresh*, por ejemplo, se ha estimado que gracias al acuerdo, que englobó a los acreedores y por el que se impidió que los acreedores no garantizados entablaran acciones perjudiciales, el valor de la masa aumentó alrededor de un 40%.

d) Coadyuvar a la prevención de conflictos entre jurisdicciones[20].

e) Facilitar la reestructuración;

f) Contribuir a ahorrar gastos evitando la duplicación de tareas y la competencia por los bienes, así como a evitar demoras innecesarias;

g) Promover el mutuo respeto de la independencia e integridad de los tribunales y evitar los conflictos entre jurisdicciones;

h) Fomentar la cooperación y el entendimiento internacionales entre los jueces que dirijan los procedimientos y los representantes de la insolvencia en los mismos; e

i) Contribuir a incrementar al máximo el valor de la masa de la insolvencia.

9. El desconocimiento de la aplicación de los acuerdos transfronterizos ha propiciado una comprensión errónea de los mismos conforme a la cual esos acuerdos permiten a una parte eludir sus obligaciones o limitaciones jurídicas, o aplazarlas o imponerlas a las partes en otro Estado de un modo no permitido en el derecho interno de ninguna de las partes. A decir verdad, los acuerdos transfronterizos no son instrumentos destinados a eludir obligaciones jurídicas sino que constituyen un medio para determinar las mejores maneras de coordinar los procedimientos en los Estados interesados, a reserva de las limitaciones que impongan los respectivos regímenes legales internos de dichos Estados. Este principio es aplicable a todas las partes, inclusive a los tribunales, que deben acatar lo dispuesto en el derecho interno de su respectivo Estado. La posibilidad de que los tribunales hagan una interpretación de ese derecho interno para facilitar la cooperación transfronteriza es una cuestión que no tiene nada que ver con lo anterior.

2. Circunstancias que pueden justificar la concertación de un acuerdo transfronterizo

10. A pesar de que cada acuerdo transfronterizo tiene sus rasgos específicos en función del caso, pueden darse ciertas circunstancias que pueden justificar en un determinado caso que se celebre un acuerdo de esta índole para facilitar la cooperación y la coordinación transfronterizas. Estas circunstancias, que se detallan a continuación, no deben considerarse una enumeración exhaustiva o determinante sino más bien factores indicativos de la posible utilidad de un acuerdo; a pesar de que se den varios de esos factores en un determinado caso, cabe decidir que, por otras razones, no es necesario o aconsejable recurrir a un acuerdo transfronterizo. A reserva de lo que permita la legislación de cada Estado, entre las circunstancias que justifican la celebración de un acuerdo de esta índole cabe destacar:

a) La existencia de procedimientos de insolvencia transfronteriza con un número considerable de elementos internacionales, como el hecho de que haya bienes importantes situados en múltiples Estados;

b) La existencia de una estructura compleja del deudor (por ejemplo, un grupo de empresas con numerosas filiales);

---

[20] Por ejemplo, a raíz del acuerdo concertado acerca del procedimiento *Maxwell*, los representantes de la insolvencia de Inglaterra y los Estados Unidos actuaron de modo tal que no se planteó ningún conflicto que requiriera una resolución judicial.

c) La existencia de distintos tipos de procedimientos de insolvencia en los Estados pertinentes, por ejemplo, un procedimiento de reorganización en que los representantes de la insolvencia hayan sustituido a los directivos en un foro, y otro en que el deudor siga en posesión de la empresa en otro foro;

d) El hecho de que los bienes disponibles sean suficientes para sufragar los gastos de redacción del acuerdo;

e) El hecho de que se disponga de tiempo para las negociaciones. Es posible que los acuerdos transfronterizos no sean siempre una opción, pues requieren tiempo para su negociación. Ello podría ser problemático cuando se requirieran medidas urgentes[21];

f) El hecho de que los regímenes sustantivos de la insolvencia sean similares;

g) La incertidumbre jurídica sobre cómo elegir la ley aplicable o el foro;

h) El hecho de que se hayan dictado medidas de paralización contradictorias en los distintos procedimientos;

i) La existencia de un sistema de gestión del efectivo que prevea el depósito de fondos en una cuenta centralizada y su distribución entre las empresas pertenecientes a un grupo internacional; y

j) El hecho de que los representantes de la insolvencia designados para ejercer sus funciones en los distintos procedimientos sean empleados de la misma empresa internacional. Esta situación se ha dado, por ejemplo, en procedimientos seguidos entre la Región Administrativa Especial de Hong Kong (China) (la RAE de Hong Kong) y las Islas Vírgenes Británicas, o entre la RAE de Hong Kong y las Bermudas[22].

3. Momento adecuado para la negociación

11. Tal como observó el tribunal en el caso *Calpine*, los acuerdos transfronterizos deben ser objeto de deliberaciones, negociaciones y cooperación entre las partes antes de ser sometidos al examen y a la aprobación de los tribunales. Esa negociación de un acuerdo puede tener lugar al iniciarse un caso o durante el caso a medida que se planteen las cuestiones, y puede negociarse más de un acuerdo respecto de las distintas cuestiones. Si bien existen varios ejemplos de acuerdos negociados durante el procedimiento, por ejemplo, en el caso *Maxwell*, la mayoría de los acuerdos transfronterizos examinados en las Notas se negociaron antes de la apertura de los procedimientos. De este modo pueden evitarse posibles controversias desde el principio. El momento idóneo para la negociación dependerá del tiempo de que se disponga antes de la apertura del procedimiento o del tiempo disponible para la resolución de las controversias durante el procedimiento ya abierto. Por ejemplo, en el caso *Federal-Mogul*, las partes disponían de seis meses para negociar el acuerdo transfronterizo, siempre con la posible opción de hacerlo al abrirse el procedimiento formal. El tiempo disponible para la negociación, que se reflejaba en el nivel de detalle del texto del acuerdo, permitió a las partes negociar

[21] Para decidir al respecto puede ser útil consultar acuerdos anteriores, conforme a lo tratado en III.B y a lo explicado en los resúmenes de acuerdos transfronterizos en el anexo.

[22] Véanse, por ejemplo, los casos *GBFE* y *Peregrine*.

algunos temas complejos y delicados, como la cuestión de si el representante de la insolvencia podía delegar sus poderes en otro representante de la insolvencia o en otra parte que interviniera en el procedimiento, inclusive el deudor en posesión situado en otro Estado. En el caso *Collins and Aikman*[23], no pudo negociarse un acuerdo porque las partes solo disponían de unos días antes de la apertura del procedimiento. En otros casos, hay procedimientos como los procedimientos secundarios o no principales que pueden abrirse a instancia del representante de la insolvencia del procedimiento principal con el único objetivo de ayudar a sustanciar dicho procedimiento[24]. El representante de la insolvencia del procedimiento principal puede tener una idea clara del tipo de cooperación y coordinación que se precisa antes de solicitar la apertura del procedimiento no principal, por lo que la negociación del acuerdo transfronterizo puede llevarse a cabo de forma relativamente rápida y sin controversias.

12. El tiempo requerido para la negociación de un acuerdo varía de un caso a otro y depende de una serie de factores, como del conocimiento que tengan las partes de las características fundamentales del deudor y de los conflictos que puedan surgir durante el procedimiento. En casos sencillos, la obtención de esa información y la consiguiente negociación pueden durar pocos días, pero lo habitual es que se tarde más tiempo.

4. Partes en un acuerdo transfronterizo

13. Muchas veces, la negociación de acuerdos transfronterizos es iniciada por las partes en los procedimientos, inclusive por los profesionales de la insolvencia o los representantes de la insolvencia y, en algunos casos, por el propio deudor (que puede ser un deudor en posesión de la empresa), o es sugerida o alentada por el tribunal; algunos tribunales han alentado explícitamente a las partes a negociar un acuerdo transfronterizo y a solicitar la aprobación de los tribunales[25]. En algunos casos, el hecho de que los tribunales intervengan en una fase inicial puede ser un factor clave para el éxito del acuerdo.

14. Habitualmente, las partes que celebran acuerdos transfronterizos varían en función del derecho aplicable y de lo que está permitido, por ejemplo, en lo que respecta a las facultades de los representantes de la insolvencia, de los tribunales y de otras partes interesadas. Con frecuencia, los acuerdos son celebrados por los representantes de la insolvencia y a veces por el deudor (por lo común, un deudor en posesión de la empresa), y también puede intervenir el comité o la junta de acreedores, según se denomine (véanse más detalles en la parte B, en que se

---

[23] El Grupo Collins & Aikman era un destacado proveedor de piezas de repuesto de automóvil. Solo en Europa, contaba con 24 empresas en diez países (unos 4.000 empleados y 27 centros de operaciones). En mayo de 2005 se presentaron en los Estados Unidos solicitudes voluntarias de reorganización de la parte estadounidense del grupo. En julio de 2005, el subgrupo europeo solicitó a la *High Court* de Inglaterra órdenes de administración para todas las empresas activas en Europa. Los representantes de la insolvencia ingleses reconocieron de inmediato la estrecha relación entre las empresas europeas y coordinaron sus planes para mantenerlas en marcha, aunque por falta de tiempo no pudo concertarse un acuerdo transfronterizo. Véase *In the Matter of Collins & Aikman Europe*, SA, the High Court of England and Wales, Chancery Division in London, [2006] EWHC 1343 (Ch).

[24] Véanse, por ejemplo, los casos *SENDO* y *EMTEC*.

[25] Véanse, por ejemplo, los casos *Solv-Ex*, página 2 (considerandos), y *Nakash.*

comparan los contenidos de distintos acuerdos transfronterizos). Muy raras veces se da el caso de que un acuerdo transfronterizo sea celebrado entre los tribunales, si bien en algunas jurisdicciones esa opción puede ser posible. No obstante, a menudo las negociaciones entre las partes en casos de insolvencia transfronteriza cuentan con la asistencia de los tribunales, que pueden dar un impulso a las negociaciones y lograr que se llegue a un acuerdo.

15. Algunos acuerdos escritos son firmados por las partes que los conciertan; en cambio, otros no. Si bien la firma da fe del acuerdo al que llegan las partes, en la práctica muchos acuerdos escritos adquieren eficacia mediante la aprobación del tribunal, en forma de mandamiento. En algunos acuerdos se aborda la cuestión de la firma de los ejemplares de otras partes, cada uno de los cuales debería considerarse original e igualmente auténtico, y la forma en que pueden firmarse, inclusive mediante una firma en un telefax, que puede considerarse un original[26]. El acuerdo determinará, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, las partes que deberán firmar un acuerdo o quedar vinculadas por él. Por esta razón, los acreedores no suelen ser partes en tales acuerdos, si bien existen casos en que los acreedores, o incluso el comité o junta de acreedores, llegan a serlo. Dado que los acreedores desconocen a menudo el régimen de la insolvencia de otros Estados, los acreedores pueden repercutir en el éxito de una reorganización global, por lo que será aconsejable mantener una estrecha cooperación con el comité o junta de acreedores y con los acreedores en general, como quedó demostrado en el caso *Singer*[27]. Con frecuencia se logra que los acreedores apoyen un acuerdo transfronterizo previendo disposiciones de notificación de los mismos y dándoles la oportunidad de formular observaciones o reservas respecto del acuerdo. Ulteriormente, otras partes pueden adherirse al acuerdo, pero es conveniente que, con tales adhesiones, no se modifique el acuerdo y que esas nuevas partes no traten de cambiar lo previamente convenido.

5. Capacidad para celebrar un acuerdo transfronterizo

16. Para que un acuerdo sea válido, las partes que lo negocien deberían tener la autorización o los poderes necesarios para hacerlo o para comprometerse a cumplir lo convenido. Esta capacidad dependerá de lo que las partes estén autorizadas a hacer en virtud del derecho aplicable, que difiere de un Estado a otro. En algunos Estados, por ejemplo, la autorización conferida al representante de la insolvencia para negociar y concertar un acuerdo entrará en el ámbito de los poderes que le confiera el régimen de la insolvencia; en otros Estados, el representante de la insolvencia puede precisar el consentimiento de los acreedores o la autorización del tribunal[28].

---

[26] Véanse, por ejemplo, los casos *Inverworld* y *Federal-Mogul*.

[27] Véase la causa *The Singer Company N.V.*, Nº 99-10578 (Bankr. S.D.N.Y., acción presentada el 13 de septiembre de 1999).

[28] Véase, por ejemplo, la decisión por la que se autorizó a los representantes en *AKAI Holdings Limited* a concertar y aplicar un protocolo, en la causa *AKAI Holdings Limited*, juzgada por el tribunal superior (*High Court*) de la Región Administrativa Especial de Hong Kong, *Court of First Instance, Companies (Winding-up)*, Nº 49 de 2000, y el acuerdo *ISA-Daisytek,* en el que se especifica que, en virtud del derecho alemán, la validez del acuerdo está sujeta a la aprobación de los acreedores (véase el párrafo 10.1). En el caso *Swissair* (véase el párrafo 11.3), el protocolo tuvo que ser firmado por los tribunales ingleses, pero no por los suizos.

17. Es posible que un acuerdo que requiera la aprobación de un tribunal en una jurisdicción de derecho civil especifique que el tribunal deberá basar su aprobación en una autorización legislativa pertinente, pues la aprobación tal vez no entre en los "poderes generales equitativos o inherentes" del tribunal. Algunos comentaristas ven con escepticismo que tales acuerdos puedan ser aprobados por tribunales de jurisdicciones de derecho civil debido a que, de no haberse promulgado la Ley Modelo de la CNUDMI, en esos ordenamientos los tribunales carecen de la facultad discrecional judicial de que disponen los tribunales en jurisdicciones basadas en el *common law*. En opinión de otros comentaristas, determinados tipos de acuerdos transfronterizos, como los que regulan únicamente cuestiones administrativas, podrían ser celebrados por representantes de la insolvencia o incluso por los propios tribunales. Esta opinión se basa en el hecho de que tales acuerdos entrarían en la competencia que tienen por ley los representantes de la insolvencia, encargados, entre otras cosas, de proteger y de incrementar al máximo el valor de la masa de la insolvencia, siempre y cuando esa responsabilidad no constituya una obligación jurídica de carácter personal. A juicio de algunos comentaristas, esa responsabilidad del representante de la insolvencia respecto de la masa lo obligaría a concertar tal acuerdo.

18. Se ha considerado asimismo que un juez de un tribunal en un ordenamiento de derecho civil podría concertar un acuerdo transfronterizo con un tribunal extranjero sobre la base de su obligación legislativa de impedir acciones perjudiciales para la masa. Como se ha señalado en relación con los representantes de la insolvencia, un factor que cabe tomar en consideración en algunos ordenamientos de derecho civil es que los jueces podrían incurrir en responsabilidad personal. Si bien esa conclusión podría ser improbable cuando la finalidad del acuerdo transfronterizo fuera incrementar el valor de la masa en el marco del derecho aplicable, la existencia de tales disposiciones podría ayudar a explicar la razón por la que en algunas jurisdicciones de derecho civil hay cierta renuencia a la hora de concertar acuerdos transfronterizos. Otra razón podría ser el desconocimiento de este tipo de acuerdos y el poder discrecional que deben tener los tribunales para concertarlos.

19. Según se ha comprobado en la práctica, los acuerdos entre jurisdicciones de derecho civil y de *common law* son posibles. Por ejemplo, en el caso *Nakash*, el tribunal israelí halló una autorización legislativa para tal acuerdo. En el caso *AIOC*, se llegó a un acuerdo entre los representantes de la insolvencia de los Estados Unidos y de Suiza, con el apoyo explícito del órgano suizo competente en materia de insolvencia. Los acuerdos concertados en los procedimientos *ISA-Daisytek*, *SENDO* y *Swissair* son también ejemplos de acuerdos entre ambos tipos de ordenamientos, cuyas partes fueron Alemania, Francia, el Reino Unido y Suiza. También ha habido acuerdos entre jurisdicciones de derecho civil únicamente, como en el procedimiento *EMTEC* entre Francia y Alemania.

20. Para que prosperen tales acuerdos entre jurisdicciones de derecho civil y de *common law*, es fundamental que los tribunales y los representantes de la insolvencia estén dispuestos a colaborar para superar los posibles obstáculos jurisdiccionales. Por ejemplo, en el procedimiento *Nakash*, el tribunal israelí exhortó a los representantes de la insolvencia a que elaboraran un acuerdo transfronterizo, estimando que "sería conveniente que se llegara a un acuerdo entre

las partes interesadas y los tribunales de los Estados Unidos y de Israel"[29]. Muchos de los impedimentos que se derivaban de las diferencias entre los regímenes de la insolvencia y entre los foros competentes se resolvían centrando la atención en el objetivo común para ambas jurisdicciones de incrementar al máximo el valor de la masa en beneficio de las partes. No obstante, en la práctica se celebran con más frecuencia acuerdos entre jurisdicciones de *common law*, en las que los tribunales gozan de un mayor poder discrecional que en otros tipos de ordenamientos en los que, para concertar tales acuerdos, debe haber una autorización legislativa, como la que existe cuando un Estado incorporara la Ley Modelo de la CNUDMI a su derecho interno. Sin embargo, los comentaristas de países con ordenamientos de derecho civil consideran en general que con el tiempo se celebrarán más acuerdos transfronterizos ante el éxito que ha experimentado su utilización en procedimientos de insolvencia transfronteriza.

6. Formato

21. Como ya se ha señalado, no existe ningún formato prescrito para esos acuerdos. En la práctica, se recurre a acuerdos tanto verbales como escritos, aunque predominan los verbales, tal vez porque algunas legislaciones exigen la forma escrita a efectos de validez y de ejecutabilidad o quizás porque los acuerdos escritos son más fáciles de probar y ejecutar. Cada acuerdo está en función de un determinado caso y en él se determinan y facilitan las soluciones de los problemas existentes o potenciales que revistan importancia para ese caso ante los tribunales en virtud de la legislación de la jurisdicción correspondiente. Los acuerdos verbales pueden imponer límites a las partes, para que procedan paso a paso, en vez de poder recurrir a un marco general como el que puede brindar un acuerdo escrito. En general, para su cumplimiento y ejecución, los acuerdos verbales se basan en la confianza de las partes, y puede ser difícil vincular a las partes a un acuerdo verbal celebrado en un contexto transfronterizo. La ejecutabilidad de los acuerdos escritos transfronterizos depende de su carácter jurídico. Si son aprobados por los tribunales, revisten por lo general la forma de una orden judicial, que es ejecutable como tal. Si no son aprobados por los tribunales, se consideran contratos entre las partes, que son ejecutables como tales.

22. Un determinado caso puede estar sujeto a un único acuerdo o a una serie de acuerdos que regulen diferentes cuestiones que se vayan planteando, como se ha señalado, a medida que avance el caso. Por ejemplo, en el caso *Maxwell* se concertó un protocolo operativo al abrirse el caso con miras a abordar los problemas de estabilización y de preservación de los bienes y, al final, se celebró otro con miras a regular la distribución entre los acreedores y la clausura del procedimiento.

---

[29] Véase además el caso *SunResorts Ltd.* entre tribunales de los Estados Unidos y de las Antillas Neerlandesas, en el que el tribunal de este último territorio reaccionó positivamente ante la preocupación expresada por el tribunal de los Estados Unidos y extremó el control de la custodia en un grado inhabitual para el derecho de las Antillas Neerlandesas (véase *Petition of Husang and DePaus, trustees of SunResorts, Ltd. N.V.*, Caso Nº 97-42811 (BRL) (Bankr. S.D.N.Y. 1999) and *SunResorts Ltd. N.V.*, Court of First Instance, Netherlands Antilles, Seat St. Maarten, 1997). Esta reacción positiva se ha atribuido al hecho de que el tribunal de las Antillas Neerlandesas tenía conocimiento de la Ley Modelo de la CNUDMI y del *Concordat*.

23. El hecho de llegar a un consenso sobre el contenido de un acuerdo transfronterizo puede ser la medida más importante para facilitar la cooperación y la coordinación, ya que el proceso de negociación ayuda a menudo a tener en cuenta las expectativas de las partes y a propiciar una conclusión satisfactoria del procedimiento de insolvencia. Una vez negociado, un acuerdo transfronterizo puede representar simplemente el telón de fondo para la administración del caso sin que vuelva a hacerse referencia a él. También es posible que en el acuerdo se resuelvan las cuestiones de tal modo que la intervención continua de los tribunales sea mínima, sin necesidad de que los jueces se comuniquen entre sí continuamente a medida que avance el caso[30].

7. Disposiciones que suelen contener los acuerdos transfronterizos

24. En los acuerdos transfronterizos pueden enunciarse simplemente principios generales sobre el modo en que debe llevarse a cabo la cooperación y la coordinación, pero también pueden regularse cuestiones concretas como la inhibición a favor de otro tribunal, los procedimientos de resolución de demandas, los procedimientos para la comunicación entre los tribunales y otras cuestiones, según requiera el caso en concreto, además de las cuestiones que deban resolverse. Las cuestiones que se analizan más adelante en la sección B ilustran los temas que pueden abordarse en un acuerdo transfronterizo. Dado que los acuerdos transfronterizos son muy específicos en función de cada caso, no será necesario abordar en cada acuerdo transfronterizo todas las cuestiones que se analizan más abajo.

25. Si se estudian los acuerdos concertados hasta la fecha, se llega a la conclusión de que las cuestiones más comúnmente tratadas son las siguientes: a) la asignación de responsabilidad por los diversos aspectos de la sustanciación y de la administración del procedimiento entre los distintos tribunales que intervienen en él y entre los representantes de la insolvencia, inclusive las limitaciones de la facultad para actuar sin la aprobación de los demás tribunales o de los demás representantes de la insolvencia; b) la previsión y la coordinación de medidas de exención otorgables; c) la coordinación de la recuperación de los bienes en beneficio de todos los acreedores; d) la presentación de los créditos y el trato que se les da; e) la utilización y enajenación de los bienes; f) los métodos de comunicación, inclusive el idioma, la frecuencia y los medios; g) la comunicación de avisos; h) la coordinación y armonización de planes de reorganización; i) las cuestiones específicamente relacionadas con el acuerdo, inclusive la enmienda y la rescisión, la interpretación, la eficacia y la solución de controversias; j) la administración de procedimientos, en particular en lo que respecta a la paralización de procedimientos o al acuerdo concertado entre las partes de no entablar determinadas acciones legales; k) la elección del derecho aplicable; l) la asignación de responsabilidades entre las partes en el acuerdo; m) las costas y los honorarios; y n) las salvaguardias. En los acuerdos pueden regularse también cuestiones como la composición de la junta de directivos, las medidas que puede adoptar la junta y los procedimientos que deben seguirse, las relaciones entre accionistas y administración y entre los accionistas y la junta y la gestión de las corrientes de información[31].

---

[30] Véase, por ejemplo, el caso *Maxwell*.

[31] Véase, por ejemplo, el caso *Olympia & York*.

26. La elección de las cuestiones que deben abordarse en el acuerdo puede verse influida por las similitudes o disparidades entre las legislaciones y los procedimientos de los Estados que intervengan en un determinado caso transfronterizo. Por ejemplo, cuando los tribunales se rigen por las mismas tradiciones jurídicas, el acuerdo puede regular más específicamente cuestiones sustantivas. Cuando los ordenamientos jurídicos difieren, el acuerdo puede concentrarse más en el proceso y en cuestiones de procedimiento, estableciendo un marco para la comunicación y la cooperación. Un acuerdo puede requerir que se analicen las leyes de los Estados pertinentes, a fin de determinar la forma en que puede lograrse un resultado concreto sin que los representantes de la insolvencia u otras partes deban incumplir las reglas de derecho pertinentes. También puede ser preciso regular la asignación de responsabilidad por la resolución de las cuestiones entre los distintos tribunales, en función del derecho sustantivo que deba ser aplicable a un determinado caso. Esa determinación del derecho sustantivo puede depender del Estado que tenga el mayor interés en cómo se resuelva una determinada cuestión y puede implicar que un tribunal decline su competencia en favor de otro, siempre que con ello no se prive a los acreedores del país de las garantías procesales y de otros derechos fundamentales (véase la segunda parte, párrafos 18 a 20 *supra*; tercera parte, párrafos 71 a 74 *infra*) ni impida que una determinada acción se lleve a cabo ante un tribunal y no ante otro. Los acuerdos que son aprobados por los tribunales suelen prever disposiciones en que se subraya la independencia de los tribunales y el principio de la reciprocidad, y en que se detalla la distribución de las responsabilidades entre los tribunales y, en particular, el derecho de las partes interesadas a comparecer y a ser escuchadas en los respectivos procedimientos.

8. Efecto jurídico de los acuerdos transfronterizos

27. Los acuerdos transfronterizos pueden contener muy diversos tipos de disposiciones, algunas de las cuales pueden haberse concebido para lograr un efecto jurídico y vincular a las partes, mientras que otras pueden ser simples declaraciones de buena fe o de buenas intenciones. Esas declaraciones, por ejemplo, pueden contener disposiciones relativas a la finalidad del acuerdo, mientras que las disposiciones sobre las responsabilidades de los representantes de la insolvencia, las costas o la regulación del procedimiento necesario para dar validez al acuerdo (por ejemplo, mediante la aprobación del tribunal) suelen estar concebidas para tener un efecto jurídico.

28. Para tener eficacia o validez, los acuerdos transfronterizos requieren que las partes afectadas den su consentimiento. Algunos acuerdos prevén una estipulación explícita en virtud de la cual el acuerdo será vinculante para las partes en el mismo y para sus respectivos sucesores, cesionarios, representantes, herederos, ejecutores y representantes de la insolvencia[32]. Algunos acuerdos también autorizan expresamente a las partes a adoptar las medidas y firmar los documentos necesarios y apropiados para que el acuerdo pueda tener validez y ser ejecutado, o contienen una declaración en el sentido de que las partes han convenido en adoptar las medidas apropiadas para darle eficacia. En algunas jurisdicciones, ello es suficiente para que los representantes de la insolvencia celebren un acuerdo transfronterizo valiéndose de sus facultades inherentes y sin necesidad de la subsiguiente aprobación judicial. Conviene señalar que, para este tipo de acuerdo, no siempre existe la aprobación del

[32] Véanse, por ejemplo, los casos *Everfresh* y *Financial Asset Management*.

tribunal en el derecho aplicable. En algunas jurisdicciones, en particular las jurisdicciones de derecho civil, se puede requerir la aprobación de los acreedores del deudor para que el acuerdo sea válido. Por ejemplo, el acuerdo transfronterizo celebrado en el marco del procedimiento *ISA-Daisytek* preveía que su eficacia estaba sujeta a la aprobación de los acreedores del deudor conforme al derecho alemán. El acuerdo estipulaba asimismo que el representante de la insolvencia daría cuenta de las cláusulas del mismo al tribunal alemán competente una vez aprobado por los acreedores.

29. El acuerdo puede requerir la aprobación de cada uno de los tribunales que intervengan en el procedimiento de insolvencia, de conformidad con el derecho interno y con la práctica de cada Estado interesado. No es inhabitual que un acuerdo contenga una disposición en virtud de la cual dicho acuerdo no será vinculante ni tendrá fuerza legal ejecutoria hasta que sea aprobado por determinados tribunales, con la obligación de notificar debidamente a las partes interesadas a fin de reducir al mínimo la probabilidad de impugnaciones. Una vez aprobado, el acuerdo tendría por lo general el efecto de una orden judicial, con lo cual las partes especificadas quedarían obligadas. Una de las ventajas de la aprobación judicial radica en que impide la posibilidad de que acreedores o partes discrepantes entablen litigios que socaven el acuerdo.

9. Salvaguardias

30. Cabe dividir en dos categorías las salvaguardias que pueden preverse en un acuerdo transfronterizo: las que siempre deben figurar en él y las que cabe consignar en él según se requiera.

31. Las salvaguardias que es obligatorio prever pueden tener por objeto evitar que se excluya la aplicación de una orden judicial o de normas de orden público.

32. Entre las salvaguardias optativas cabe destacar: las relativas a la revelación de información a partes interesadas; a la protección de los derechos de terceros no signatarios; y a la facultad de recurrir a los tribunales en caso de controversia. Las partes que conciertan un acuerdo transfronterizo quieren tener la certeza de que las otras partes están facultadas para celebrar tal acuerdo, sin necesidad de realizar largas y costosas indagaciones sobre la ley aplicable en el otro foro. Por consiguiente, en un acuerdo puede figurar, como salvaguardia, una disposición por la que se garantice que las partes en el acuerdo tienen la capacidad legal requerida para ello o que, en los casos en que el representante de la insolvencia precise una autorización judicial para concertar el acuerdo, se reconozca que están facultadas para contraer las obligaciones estipuladas en el acuerdo[33]. Del mismo modo, en los acuerdos se estipula con frecuencia que se permiten o se limitan ciertas acciones o divisiones de poder que prevea el derecho aplicable, o que las partes especificadas deben respetar y cumplir las obligaciones que les imponga el respectivo derecho interno aplicable.

10. Posibles problemas y medios para su resolución

33. Los procedimientos de insolvencia son procedimientos en curso que pueden verse perturbados por acontecimientos imprevistos. Por consiguiente, es preciso que los acuerdos transfronterizos sean flexibles y prevean su revisión para adecuarse a

[33] Véase, por ejemplo, el caso *Financial Asset Management*.

los cambios de circunstancias que se produzcan. Además de la posibilidad de revisar los acuerdos existentes, las partes podrían reconocer la necesidad de regular, en acuerdos suplementarios, cuestiones que inicialmente no se hubieran previsto.

34. Pueden surgir conflictos durante la aplicación del acuerdo. Estos conflictos pueden ser muy diversos y pueden guardar relación con las cláusulas de los acuerdos y su interpretación, la puesta en práctica de sus estipulaciones y otros aspectos. Por consiguiente, es importante que los acuerdos prevean procedimientos adecuados para la solución de controversias, a fin de preservar los logros conseguidos hasta el momento en que surgiera la controversia y de prevenir más perjuicios. En sus estipulaciones pueden especificarse los tribunales que serán competentes para dirimir determinadas cuestiones u otros posibles mecanismos para la solución de controversias.

B. Cotejo de acuerdos de insolvencia transfronteriza

35. La presente sección tiene por objeto facilitar una visión de conjunto acerca del contenido y la estructura de un tipo de acuerdo transfronterizo que se ha utilizado en casos recientes de insolvencia transfronteriza. En ella se describen las cuestiones abordadas en dichos acuerdos y se examina cómo fueron resueltas. Como se indicó anteriormente, dado que estos acuerdos o pactos se ocupan de casos particulares, no cabe presentar aquí ningún acuerdo que pueda servir de norma o modelo al respecto. No obstante, si bien algunas de las cuestiones que se examinan figuran solo en algunos de los acuerdos examinados, otras figuran en la mayoría de ellos. El cotejo del contenido de los diversos acuerdos tiene la finalidad de mejorar el conocimiento de este instrumento de cooperación, coordinación y comunicación transfronterizas, examinando el empleo que se hace de estos acuerdos a fin de orientar y facilitar la labor de aquellos que deseen negociar uno de estos acuerdos al servicio de un caso determinado, de modo que la negociación de un acuerdo requiera mucho menos tiempo. Se han cotejado básicamente acuerdos escritos, ya que son los más usuales y los más fáciles de consultar, pero cuando proceda se hará también referencia a otras formas de acuerdos.

1. Preámbulo

36. El preámbulo suele ser el texto introductorio de la parte dispositiva de un acuerdo, dando detalles acerca de los hechos que hayan motivado la negociación del acuerdo, así como acerca de los objetivos del acuerdo, la identidad de las partes y otros datos de interés. Si bien el preámbulo diferirá de un acuerdo a otro, versará en general sobre las cuestiones siguientes, o sobre algunas de ellas.

a) Partes

37. La mayoría de los acuerdos presentan a las partes en las actuaciones que se estén siguiendo, dándose datos como los siguientes: el nombre de la empresa y la naturaleza de su negocio, el lugar de constitución de la sociedad, el establecimiento y, si procede, se indica su relación con otras empresas pertenecientes a un mismo grupo[34]. Algunos acuerdos no hablan de las partes en el acuerdo en sí, pero indican

[34] Véanse, por ejemplo, los casos *Solv-Ex* y *Quebecor*.

que el acuerdo concertado será aplicable a todas las partes interesadas en las actuaciones, citándose a los deudores, a los representantes de la insolvencia y a la junta de acreedores[35].

38. Diversos interesados en las actuaciones podrán ser partes en el acuerdo, según cuáles sean las cuestiones resueltas y según cuáles sean las partes que hayan de asumir alguna obligación al respecto. Ahora bien, por regla general, cabe decir que las partes suelen ser las personas obligadas por el acuerdo y cuyo consentimiento será necesario para que surta efecto. Algunos acuerdos se conciertan entre representantes de la insolvencia[36], mientras que en otros intervienen otras partes interesadas, como la junta de acreedores[37], algún prestamista garantizado del deudor[38] y el propio deudor[39].

39. La especificidad de cada acuerdo puede verse en el pacto *Commodore*: la junta de acreedores solicitó la apertura de un procedimiento en los Estados Unidos, a cuya solicitud respondieron los representantes de la insolvencia de un procedimiento abierto en las Bahamas pidiendo al foro de los Estados Unidos que desestimara dicha solicitud y ordenara medidas cautelares en apoyo del procedimiento extranjero ya abierto. Subsiguientemente, la junta de acreedores y los representantes de la insolvencia del caso abierto en las Bahamas pactaron un acuerdo para solventar la disputa y crear un marco para una administración eficiente de las actuaciones abiertas ante el foro competente de cada país. Si bien la intervención de la junta de acreedores tal vez refuerce la legitimidad del acuerdo, esa participación no será siempre necesaria.

b) Antecedentes: génesis del caso de insolvencia

40. Una breve relación del desarrollo de la insolvencia pudiera dar mayor claridad al caso y facilitar la comprensión del acuerdo. En muchos acuerdos, tras nombrarse las partes en el mismo, se describen brevemente los procedimientos de insolvencia ya abiertos o por abrir. Los detalles varían de un acuerdo a otro, indicándose en ocasiones las fechas y los lugares de la solicitud de apertura, las órdenes judiciales emitidas y otras actuaciones.

41. Tratándose de actuaciones abiertas en distintos Estados frente a empresas multinacionales, cabe prever dos supuestos: en el primero, el deudor sería el mismo en todos los procedimientos abiertos; mientras que en el segundo los procedimientos se habrán abierto contra distintas empresas de un mismo grupo. En el segundo supuesto, los deudores serían distintos y actuarían por separado en cada procedimiento. Ahora bien, convendría que se entablara cierta cooperación entre los procedimientos abiertos por razón de los vínculos existentes entre las empresas de un mismo grupo, aun cuando cada una de ellas sea una entidad jurídica aparte y con personalidad propia. Dicha cooperación pudiera resultar aún más ventajosa en supuestos de reorganización, y es probable que mejore el precio eventual de venta

---

[35] Véanse, por ejemplo, los casos *Laidlaw* y *Matlack*.

[36] Véanse, por ejemplo, los casos *AIOC, Inverworld, Maxwell* y *Swissair*. Si los representantes de la insolvencia convienen en concertar un protocolo, el deudor no podrá formular objeción alguna a dicho acuerdo, véase, por ejemplo, el caso *Nakash*.

[37] Véase, por ejemplo, el caso *Commodore*.

[38] Véase, por ejemplo, el caso *Everfresh.*

[39] Véanse, por ejemplo, los casos *Federal-Mogul* y *360Networks*.

de todo negocio así reorganizado. Cabría explicar en el acuerdo las diversas posibilidades existentes.

c) Alcance del acuerdo

42. El acuerdo transfronterizo definirá normalmente cuál ha de ser su alcance, aun cuando lo hará de distintos modos. Algunos acuerdos comienzan por declararse genéricamente aplicables a todas las partes interesadas en las actuaciones de insolvencia, pero otros definen su alcance con mayor precisión. Por ejemplo, el acuerdo puede tener por único objeto establecer un marco general de principios convenidos para la resolución de diversas cuestiones, que pudieran ser las siguientes: la recuperación y realización por venta o alguna otra vía del valor de la masa deudora, pudiéndose incluso designar al comprador[40]; la admisión, verificación y clasificación de los créditos presentados, así como su prelación; la coordinación de la labor preparatoria de un plan de reorganización y la aprobación, confirmación y ejecución del plan; la estrategia para litigar acerca de toda cuestión que no se consiga resolver por negociación; el reparto del producto de toda venta; y asuntos administrativos. Las cláusulas referentes al alcance del acuerdo pueden prever asimismo la coordinación de las actuaciones acerca de dichas cuestiones. El alcance de un acuerdo coincide a menudo con su finalidad, por lo que al indicarse lo que el acuerdo regula, se define, a la vez, su alcance.

d) Finalidad

43. Cabría especificar en una cláusula la intención de las partes y, concretamente, sus objetivos comunes al pactar el acuerdo, dándose así seguridad al tribunal cuya aprobación se solicite acerca de lo convenido por las partes.

44. En numerosos acuerdos se señalan las siguientes metas y objetivos[41]:

a) armonizar y coordinar las actuaciones ante los tribunales que conozcan de cada uno de los procedimientos abiertos;

b) promover una administración equitativa, transparente, ordenada y eficiente de las actuaciones en provecho de todos los deudores y de sus acreedores y demás interesados, dondequiera que se encuentren, a fin de reducir gastos y evitar duplicaciones;

c) proteger los derechos e intereses de toda parte interesada;

d) promover la cooperación internacional y el respeto de la independencia judicial y de la cortesía interjudicial; y

e) dar curso a los principios generales que se hayan pactado para resolver las cuestiones administrativas propias de una insolvencia transfronteriza e internacional.

45. Cabría citar las siguientes metas adicionales: a) facilitar la reorganización transnacional del negocio del deudor; b) amparar la integridad de la gestión administrativa de la masa; c) consultar con los acreedores y facilitarles información; d) llevar cada asunto litigioso ante el foro competente, tramitándolo con la prontitud

[40] Véase, por ejemplo, el caso *Solv-Ex*.

[41] Las *CoCo Guidelines* contienen cláusulas similares acerca de los objetivos supremos (directrices 1 y 2).

y eficiencia debidas; e) coordinar la labor de los representantes de la insolvencia a fin de minimizar gastos y evitar duplicaciones; y f) observar todo pacto de asistencia recíproca o de coordinación de las actuaciones, sin dejar de respetar las obligaciones impuestas por la ley del foro, y actuar de conformidad con ciertos principios de confianza mutua o de respeto del deber de cooperar e intercambiar información[42].

46. En algunos acuerdos se enuncian también los objetivos expresamente excluidos del mismo, como el de establecer algún precedente vinculante o el de estipular un pacto aplicable a todos los procedimientos no principales que se estén siguiendo en determinado caso, aun cuando se reconozca que lo estipulado en el acuerdo sea un claro reflejo de las mejores prácticas aplicables en la materia[43]. Tal cláusula respondería a la inquietud eventual de alguna de las partes acerca de la admisibilidad de lo pactado en el derecho interno de algún país, por lo que facilitaría la aprobación del acuerdo por toda parte que sienta dicha inquietud.

e) Idioma del acuerdo y de las comunicaciones

47. Dado que en casos de insolvencia transfronteriza las actuaciones suelen abrirse en Estados que no comparten el mismo idioma, cabría estipular el idioma o los idiomas que habrán de utilizarse en el acuerdo y para las comunicaciones entre las partes, aunque existen muchos ejemplos de acuerdos formulados en inglés o en dos idiomas (inglés y francés), sin que se elija expresamente el idioma[44]. Cuando deban presentarse documentos en varios procedimientos seguidos en Estados sin un idioma común, tal vez deban traducirse[45].

Cláusulas modelo

Partes

El presente acuerdo se concierta y celebra entre:

1) El representante de la insolvencia del Estado A [nombre y dirección], actuando en su condición de representante de la insolvencia en el procedimiento de insolvencia principal abierto contra el deudor en el Estado A, con fecha de […], (el "representante principal de la insolvencia del Estado A")[46],

por una parte

[42] Estos principios vienen también enunciados en el artículo 31 del Reglamento del Consejo (CE), que obliga a los representantes de la insolvencia del procedimiento principal y del procedimiento no principal a cooperar y a comunicarse información.

[43] Véase, por ejemplo, el caso *SENDO*.

[44] Véase por ejemplo, *SENDO*; las directrices *CoCo Guidelines* tratan también de la cuestión del idioma (directrices 10.1 y 10.2).

[45] Véase, por ejemplo, el artículo 15.4 de la Ley Modelo de la CNUDMI.

[46] Cuando sea aplicable a raíz de la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI o del Reglamento (CE), las partes tal vez deseen especificar también cuál es el procedimiento principal y cuál el no principal y quién es el "representante de la insolvencia principal" y quién el "representante de la insolvencia no principal".

Y

2) El representante de la insolvencia en el Estado B [nombre y dirección], actuando en su condición de representante de la insolvencia en el procedimiento de insolvencia abierto contra el deudor en el Estado B, con fecha de […], (el "representante de la insolvencia del Estado B"),

por otra parte

Denominados en adelante los "representantes de la insolvencia".

Antecedentes: génesis del caso de insolvencia

Variante A

1) X, sociedad [constituida/con domicilio social] en el Estado A, es la sociedad matriz de un grupo de empresas que lleva a cabo sus operaciones comerciales a través de sus diversas filiales, en los Estados A, B, C y D.

2) X y algunas de sus filiales directas o indirectas en el Estado A han solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia ante el foro competente del Estado A con arreglo al régimen de la insolvencia de dicho Estado y se han coordinado esos casos. Las empresas deudoras en el Estado A siguen en posesión de su respectivo negocio que siguen explotando con arreglo al régimen de la insolvencia del Estado A. En las actuaciones abiertas en el Estado A se han nombrado juntas de acreedores ordinarios (la "junta de acreedores").

3) Y (empresa filial indirecta de X en el Estado B) y algunas de sus filiales directas o indirectas en el Estado B han solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia ante el foro competente del Estado B con arreglo al régimen de la insolvencia de dicho Estado. Se han dictado órdenes con arreglo a las cuales a) se habilita a las empresas deudoras en el Estado B para solicitar las medidas de amparo judicial previstas en el régimen de la insolvencia del Estado B, y b) se nombra a Z como representante de la insolvencia de las empresas deudoras en el Estado B, con todo derecho, potestad, cometido y limitación de la responsabilidad que estén previstos en el régimen de la insolvencia del Estado B y que le haya conferido la orden emitida por el foro competente del Estado B.

4) Los procedimientos abiertos en los Estados A y B se seguirán por separado como procedimientos distintos. Tanto las empresas deudoras sitas en el Estado A como las sitas en el Estado B se han abstenido de solicitar el reconocimiento de su respectivo procedimiento ante el foro competente del otro Estado. Ni las unas ni las otras son empresas deudoras en el procedimiento abierto en el otro Estado, aun cuando se han personado en el otro procedimiento a título de acreedores para presentar sus respectivos créditos.

Variante B

1) X, sociedad constituida en el Estado A, es la sociedad matriz de un conglomerado constituido en el Estado B que lleva a cabo su negocio en los Estados A y B a través de diversas filiales ubicadas en los Estados A y B. X y algunas de sus filiales (denominadas colectivamente las "empresas X") son el principal proveedor independiente de servicios N en la región, generándose alrededor de un 90% de los ingresos de las empresas X en el Estado A.

2) Las empresas X desarrollan, integran y mantienen sistemas que prestan servicios N. Dichas empresas prestan servicios a sus clientes utilizando programas informáticos de fabricantes de gran prestigio.

3) Las empresas X han solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia ante el foro competente del Estado A. Las empresas X siguen en posesión del negocio de su respectiva empresa que gestionan con arreglo al régimen de la insolvencia del Estado A. No se ha nombrado una junta de acreedores ordinarios, pero se espera el nombramiento de dicha junta en el procedimiento abierto en el Estado A (la "junta de acreedores").

4) Algunas de las empresas X, así como la sociedad matriz de todas ellas, disponen de bienes y llevan a cabo operaciones comerciales en el Estado B. X y cinco de sus filiales en el Estado B (denominadas colectivamente, "los solicitantes") han obtenido la apertura de un procedimiento con arreglo al régimen de la insolvencia del Estado B ante el foro competente de dicho Estado. A instancia de los solicitantes, dicho foro dictaminó que a) el procedimiento seguido en el Estado A constituye un "procedimiento extranjero" a efectos del régimen de la insolvencia del Estado B; y b) paralizó todas las acciones interpuestas contra los solicitantes y sus bienes.

5) Los solicitantes son partes en los procedimientos abiertos en los Estados A y B.

Alcance, finalidad y objetivos del acuerdo

Variante A

Mientras se estén celebrando procedimientos paralelos y concurrentes contra el deudor en los Estados A y B, deberían adoptarse las medidas administrativas que proceda para coordinar ciertas actuaciones en dichos procedimientos, y para proteger los derechos de las partes y velar por la independencia de cada tribunal. Habría que formular un marco de principios generales para proceder a:

a) la venta de los bienes de las empresas deudoras;

b) determinar la admisibilidad y la prelación de los créditos presentados contra cada empresa deudora;

c) armonizar la preparación, aprobación, confirmación y puesta en práctica de un plan de reorganización con arreglo a los regímenes de la insolvencia del Estado A y del Estado B; y

d) resolver asuntos administrativos comunes.

Variante B

Los representantes de la insolvencia del deudor en los Estados A y B han decidido dar curso conjuntamente a este acuerdo con la finalidad de llegar a una solución práctica para el reparto de las sumas disponibles entre los acreedores de las sociedades insolventes. La finalidad del presente acuerdo es organizar la cooperación entre dichos representantes de la insolvencia. Se desea en particular organizar el intercambio de información entre ellos para la verificación de los créditos y el reparto de las sumas eventualmente disponibles.

Variante C

Mientras los procedimientos de insolvencia sigan abiertos en los Estados A y B y otros lugares respecto de las empresas deudoras, se estima necesario coordinar ciertas actuaciones, así como proteger los derechos de las partes interesadas y velar por la independencia de cada tribunal y la cortesía interjudicial. Por consiguiente, se ha concertado el presente acuerdo con miras a promover las siguientes metas y objetivos mutuamente deseables en el curso de los procedimientos seguidos en el Estado A y en el Estado B y, caso de ser necesario, en todo otro procedimiento que se abra:

a) armonizar y coordinar las actuaciones en cada procedimiento de insolvencia que se esté siguiendo;

b) promover una administración ordenada y eficiente de la insolvencia maximizando la eficiencia, reduciendo gastos y evitando toda duplicación de esfuerzos;

c) mantener la independencia e integridad de las actuaciones de cada uno de los foros competentes en los Estados A y B y en otros Estados;

d) promover la cooperación y la cortesía judicial internacional entre todos los foros, así como entre la empresa deudora, la junta de acreedores, los representantes de la insolvencia y toda parte interesada en los procedimientos que se estén siguiendo;

e) facilitar una administración equitativa, transparente y eficiente de la insolvencia en provecho de todos los acreedores del deudor y de todo otro interesado, dondequiera que estén ubicados; y

f) aplicar un marco de principios generales para resolver las cuestiones administrativas básicas que se deriven del carácter internacional de una insolvencia transfronteriza.

Idioma

El presente acuerdo se ha concluido en ... y en ... (ambos textos son igualmente auténticos). El idioma de las comunicaciones entre las partes será [...].

2. Terminología y reglas de interpretación

a) Terminología

48. El régimen de la insolvencia depende de conceptos y de términos cuyo sentido difiere a veces notablemente de un Estado a otro. Incluso cuando las partes en una insolvencia transfronteriza hablan el mismo idioma puede haber términos que se entiendan de modo distinto en el derecho interno de cada una. A fin de llegar a un entendimiento común, muchos acuerdos transfronterizos definen algunos de los términos utilizados en el acuerdo, aunque las definiciones varíen de un acuerdo a

otro. Algunos acuerdos dedican una sección a las definiciones[47], mientras que otros explican brevemente los términos utilizados según van apareciendo en el texto[48].

49. Es frecuente que el acuerdo explique los términos siguientes: normativa interna aplicable; foro competente; profesionales de la insolvencia; representante de la insolvencia; procedimiento involuntario; paralización de las actuaciones; clases de procedimiento; deudor; y las partes.

b) Reglas de interpretación

50. Entre las reglas de interpretación usualmente incluidas cabe citar, por ejemplo, la de que todo término utilizado en singular se entenderá referido también al plural y viceversa; la de que los títulos se insertan para dar mayor claridad al texto, pero sin que deba asignárseles ningún significado especial; la de que, según el caso, toda mención de una de las partes se entenderá referida también al sucesor o al cesionario de dicha parte; y de que todo empleo del género masculino se entenderá referido también a los géneros femenino y neutro[49].

51. Algunos acuerdos remiten explícitamente a los principios enunciados en el *Concordat*[50] o a las directrices *Court-to-Court Guidelines*[51], a fin de incorporarlos al acuerdo, declarándolos aplicables a toda cuestión que proceda.

Cláusulas modelo

Terminología

En la lectura del presente acuerdo deberán aplicarse, salvo indicación en contrario, las siguientes reglas: [...]

Reglas de interpretación

a) Siempre que el contexto lo requiera, todo término insertado en el singular será entendido en el plural y viceversa. Todo término en masculino también se entenderá referido al género femenino o al género neutro;

b) El índice del presente acuerdo y los títulos dados a cada cláusula tiene por objeto facilitar la lectura de su texto, pero sin darle ningún significado adicional;

c) Toda remisión a una cláusula o párrafo o al preámbulo deberá entenderse referida a una cláusula o párrafo del presente acuerdo o a su preámbulo, salvo indicación en contrario;

[47] Véanse, por ejemplo, los casos *GBFE* y *Swissair* (párrafo 1).

[48] Véanse, por ejemplo, los casos *Commodore* y *Everfresh*; el *Concordat* contiene un glosario con las siguientes definiciones: reglamento administrativo, crédito común, composición, liberación, distribución, procedimiento de insolvencia, foro de la insolvencia, derecho internacional, procedimiento limitado, liquidación, foro principal, procedimiento principal, acreedores no locales, representante oficial, foro plenario, procedimiento plenario, crédito privilegiado, orden de prelación, crédito garantizado, régimen de la impugnación; las *CoCo Guidelines* contienen una definición de representante de la insolvencia (directriz 4).

[49] Véase, por ejemplo, el caso *GBFE*.

[50] Véanse, por ejemplo, los casos *AIOC* y *Everfresh*.

[51] Véase, por ejemplo, el caso *Systech*.

d) Toda mención de una parte, según el caso, deberá entenderse referida también al sucesor o cesionario de dicha parte;

e) Salvo estipulación expresa en contrario, toda remisión al presente acuerdo o algún otro documento se entenderá referida también a su preámbulo, a sus cuadros o a todo otro documento que se modifique, complemente o reemplace de vez en cuando del modo que sea; y

f) En lo que respecta al cómputo de cualquier plazo, desde la fecha inicial indicada hasta su término, la palabra "desde" deberá entenderse referida a "desde e incluyendo" y la palabra "hasta" deberá entenderse referida a "hasta pero excluyendo".

3. Tribunales

52. La cooperación judicial es un factor de creciente importancia en orden a sustanciar con eficiencia y eficacia una insolvencia transfronteriza, mejorando la previsibilidad del procedimiento para los deudores y acreedores, que no tendrán que conjeturar cuál será la reacción del foro competente a lo que suceda en un procedimiento extranjero, y contribuyendo a la equidad del procedimiento para todos los interesados. Los acuerdos transfronterizos suelen adoptar diversos enfoques en aras de la coordinación y cooperación entre los tribunales de distintos Estados al servicio de una administración eficiente de la insolvencia y de la solución negociada de las controversias.

a) Cortesía jurídica internacional e independencia de los tribunales

53. "La cortesía jurídica internacional no constituye ni una obligación objetiva ni una mera práctica de cortesía o de buena voluntad sino que es el fruto del reconocimiento que un Estado otorga, en su territorio, a los actos del poder legislativo, ejecutivo o judicial de otro Estado, teniendo debidamente en cuenta tanto sus propios deberes e intereses internacionales como los derechos de sus ciudadanos o de toda otra persona que se haya acogido al amparo de su propio orden jurídico[52]." Muchos acuerdos insisten tanto en la importancia de la cortesía judicial internacional como en la independencia del foro competente, al estipular que la independencia de los tribunales no se verá negativamente afectada o mermada por la aprobación y puesta en práctica del acuerdo transfronterizo. Se insiste también en que todo foro competente podrá ejercitar con independencia su autoridad y potestad jurisdiccional respecto de todo asunto que le sea sometido y respecto de las partes que hayan de comparecer ante dicho tribunal[53]. En dicha cláusula se debe expresar

[52] Véase el caso *Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113* (*1895*), decisión de un tribunal de los Estados Unidos por la que se reconoció una sentencia de un tribunal francés, dándose una definición muy temprana de la cortesía judicial internacional. En algunos ordenamientos de *common law* se ha interpretado que ese concepto de cortesía podía ser invocado por los tribunales para denegar la cooperación, si estiman que el régimen de la insolvencia extranjero no es suficientemente similar al nacional. Véase el párrafo a) del preámbulo de la Ley Modelo, en virtud del cual uno de los objetivos de la Ley Modelo es "la cooperación entre los tribunales y demás autoridades competentes de ese Estado y de los Estados extranjeros que hayan de intervenir en casos de insolvencia transfronteriza". Véase también el artículo 7 de la Ley Modelo, que permite a un Estado adoptar disposiciones sobre asistencia al margen de las que prevé a este respecto la Ley Modelo.

[53] Véanse, por ejemplo, los casos *360Networks* y *Matlack*.

el compromiso de las partes en el acuerdo de que actuarán de conformidad con la ley del foro competente (y por ello respetando todo límite que dicha ley les imponga).

54. Los acuerdos indican a menudo expresamente lo que no debe entenderse, con arreglo a la cortesía internacional, que el acuerdo haya previsto, es decir, no debe:

a) Alterar la independencia, soberanía o competencia jurisdiccional de un tribunal;

b) Facultar al deudor, a la junta de acreedores o a los representantes de la insolvencia para actuar al margen de algún deber que les sea impuesto por la ley del foro con arreglo a la cual hayan sido nombrados;

c) Autorizar algún acto que requiera la aprobación de uno o de los dos foros competentes; o

d) Impedir que un acreedor o alguna otra parte interesada haga valer su derecho con arreglo a la ley del foro[54].

b) Asignación de ciertos asuntos a uno de los tribunales

55. Cuando se abren actuaciones contra un mismo deudor ente diversos tribunales, se plantearán a menudo cuestiones acerca del alcance de la competencia de cada tribunal para conocer del caso. En ocasiones, un solo tribunal será competente para conocer de determinadas cuestiones. En otros casos, tal vez no sea igual de sencillo limitar la competencia de cada tribunal y varios de ellos serán igualmente competentes o habrán de compartir o ejercer conjuntamente su competencia para resolver ciertas cuestiones[55]. Pese a la independencia y soberanía jurisdiccional de cada tribunal, los acuerdos transfronterizos "asignan" a menudo el cometido de conocer de determinado asunto a uno u otro de los tribunales competentes para conocer del caso a fin de coordinar mejor el desarrollo de las actuaciones y evitar toda controversia o duplicación de la labor jurisdiccional. Tal vez se consiga esto si los tribunales dan su aprobación al acuerdo transfronterizo o, por una vía informal, si las partes convienen en someter la resolución de ciertas cuestiones a uno u otro de los tribunales competentes. Cabrá asignar a un tribunal la resolución de cierta cuestión definiéndola en términos generales como sería el caso de que se le asigne lo relativo a la utilización y disposición de la masa deudora en general, o en términos más precisos, como sería el caso de que se le asigne lo relativo a la verificación y admisión de los créditos presentados o lo referente a la aprobación de determinadas operaciones efectuadas en el marco de la utilización o enajenación de ciertos bienes, como pudiera ser la constitución de algún gravamen sobre ciertos bienes[56].

56. Aun cuando cierto asunto sea de la competencia de determinado tribunal, cabe que el acuerdo transfronterizo pida a dicho tribunal que, al resolver dicho asunto,

---

[54] Véase, por ejemplo, el caso *AgriBioTech, Pioneer*; las *CoCo Guidelines* enuncian directrices similares (directriz 3).

[55] El *Concordat* (*Concordat*) recomienda que un único foro asuma la responsabilidad de coordinar todos los procedimientos abiertos contra el mismo deudor (principio 1). Cuando se designe un foro principal, se recomienda que dicho foro se haga cargo de coordinar la reintegración y administración de la masa (principio 2A) pero, de no designarse dicho foro, se recomienda que cada tribunal decida acerca del valor y la admisibilidad de los créditos presentados (principio 8) y acerca de la administración de los bienes (principio 4).

[56] Véanse, por ejemplo, los casos *Maxwell* y *Pioneer*.

tenga en cuenta los pareceres de otros tribunales y participantes. En un caso concreto en que se abrió un procedimiento principal y otro no principal, el acuerdo transfronterizo pidió al foro que conocía del procedimiento no principal que al resolver acerca del destino de los bienes sometidos a dicho procedimiento tuviera en cuenta cualquier propuesta del representante de la insolvencia en el procedimiento principal[57]. Cabe también que en el acuerdo se haya acordado que convendría que determinado asunto sea resuelto por un único tribunal, para lo que sería preciso que los tribunales cooperaran a dicho respecto[58].

57. Citaremos algunos otros ejemplos que sirven para ilustrar la manera en que el acuerdo transfronterizo puede facilitar la coordinación y cooperación entre los tribunales competentes en un determinado caso. En el caso *Inverworld*, un acuerdo transfronterizo dio lugar a que se clausurara el procedimiento abierto en Inglaterra, a reserva de que se respetaran ciertas condiciones en el trato otorgado a los créditos presentados en dicho procedimiento y en la distribución de las competencias entre los dos foros restantes. El tribunal de los Estados Unidos se encargaría de resolver las cuestiones de derecho y de hecho pendientes en lo relativo a la prelación de los créditos entre las diversas categorías de inversionistas mientras que el tribunal de las Islas Caimán se encargaría de supervisar la administración de la masa y el reparto del producto disponible entre los reclamantes. Uno y otro tribunal aceptarían el carácter vinculante de las decisiones del otro, lo que evitaría la celebración de actuaciones paralelas. En el caso *Maxwell*, un acuerdo aprobado tanto por el foro inglés como por el de los Estados Unidos asignó ciertas tareas a uno u otro de los tribunales e instituyó un régimen cooperativo para la administración de la insolvencia. Entre otras cosas, el acuerdo habilitó al representante inglés de la insolvencia para administrar todos los bienes y operaciones de los negocios del grupo deudor, efectuando todo gasto necesario y adoptando toda medida que proceda, previo consentimiento del representante de la insolvencia de los Estados Unidos y la aprobación del tribunal de dicho país en lo referente a ciertas cuestiones.

58. Algunos acuerdos especifican los factores que determinarán la competencia de cada tribunal para actuar respecto de ciertas cuestiones. Entre esos factores cabe citar el de la ubicación de la empresa deudora, o la ubicación de sus bienes o de sus acreedores; la aplicación de las reglas en materia de conflictos de leyes; todo pacto relativo a la ley aplicable; o todo otro factor de conexión declarado aplicable. Por ejemplo, la sustanciación del procedimiento de insolvencia podría corresponder al foro competente del Estado donde se haya abierto el procedimiento[59]; la aprobación de las operaciones relativas a ciertos bienes correspondería al foro competente del Estado donde estén situados dichos bienes[60]; el reparto del producto de toda venta y las órdenes que se hayan de dar a los representantes de la insolvencia para la administración de la masa correspondería al foro competente del Estado donde dichos bienes estén situados[61]; toda determinación acerca de los créditos presentados contra el deudor correspondería al foro del Estado del que el deudor sea ciudadano o del Estado donde residan, estén domiciliados, lleven a cabo sus negocios o tengan oficinas los reclamantes, o correspondería al foro del Estado donde hayan nacido los

[57] Véase, por ejemplo, el caso *SENDO*.
[58] Véase, por ejemplo, el caso *Laidlaw*.
[59] Véanse, por ejemplo, los casos *Federal-Mogul* y *Financial Asset Management*.
[60] Véase, por ejemplo, el caso *Everfresh*.
[61] Véase, por ejemplo, el caso *Everfresh*.

créditos a resultas del suministro de mercancías o de la prestación de servicios al deudor[62], o dicha competencia se asignaría en función de la categoría del contrato considerado o de la nacionalidad del socio contractual del deudor[63].

59. Algunos acuerdos prevén que los tribunales ejerzan conjuntamente su competencia respecto de determinadas operaciones, tales como la disposición o, más concretamente, la venta de los bienes del deudor. El acuerdo podrá prever también que se celebren audiencias conjuntas para determinar y resolver ciertos asuntos, como la utilización y disposición de los bienes del deudor y el reparto del producto de su venta, cuando dichos bienes estén ubicados en los dos Estados[64] o en un tercer Estado[65]. Debido a la naturaleza del negocio del deudor y, en particular, a la interconexión e interdependencia de sus redes de comunicación y de sus operaciones por Internet, un acuerdo optó por determinar las cuestiones que habrían de ser resueltas con la asistencia de diversos tribunales. Los tribunales podrían celebrar vistas conjuntas para determinar y resolver dichas cuestiones y estaban facultados para determinar ulteriormente toda otra cuestión que hubiera de resolverse así en el curso del procedimiento de insolvencia[66]. Ante la posibilidad de que los tribunales no llegaran a un acuerdo, se previó una disposición en virtud de la cual ciertos asuntos concretos que no fueran a ser resueltos en una audiencia conjunta de los dos tribunales se resolverían solo ante un tribunal.

60. Como método práctico para resolver cuestiones suscitadas por las divergencias eventuales entre los ordenamientos jurídicos, tal vez procedería pactar que los tribunales dicten sus órdenes condicionándolas a que el otro foro emita una orden complementaria adecuada. Se siguió este método en el caso *360Networks*, en el que los contratistas se mostraron reacios a renegociar un contrato sin un pacto vinculante por el que el deudor se comprometiera a no cancelar dicho contrato, en perjuicio de ellos, en el procedimiento abierto en los Estados Unidos, cuyo derecho interno hacía posible dicha cancelación. La validez de esos pactos puede depender de su aprobación judicial.

i) Trato otorgable a los créditos

61. El trato otorgable a los créditos puede referirse a su verificación, admisión y clasificación a raíz de su presentación y a la manera en que serán tratados en un eventual plan de reorganización. Cabría pactar en el acuerdo que el destino de cada crédito habrá de ser determinado por un único tribunal, salvo que el crédito tenga alguna conexión que, con arreglo a las reglas de conflictos de leyes, lo vincule a la ley de otro Estado o que dicho crédito esté vinculado a una garantía real o a algún privilegio reconocido por el derecho interno de otro Estado, o salvo que se haya estipulado expresamente que dicho crédito se regiría por el derecho interno de otro Estado[67].

62. En algunos acuerdos se estipula que, al presentar un crédito en uno de los procedimientos, cabe suponer que el acreedor ha elegido que dicho foro sea el que verifique y determine la admisibilidad del crédito presentado. Cabe que el acuerdo

---

[62] Véase, por ejemplo, el caso *Solv-Ex*.
[63] Véanse, por ejemplo, los casos *ABTC* y *Livent*
[64] Véase, por ejemplo, el caso *Everfresh*.
[65] Véase, por ejemplo, el caso *Inverworld*.
[66] Véase, por ejemplo, el caso *PSINet*.
[67] Véase, por ejemplo, el caso *Solv-Ex*.

prevea algún método para determinar el foro competente para verificar y determinar la admisión de todo crédito que sea presentado en más de un procedimiento[68]. Los tribunales podrán también convenir en las reglas que habrán de observarse en determinados aspectos de las actuaciones, como pudiera ser al practicarse la prueba de los créditos presentados[69]. Las partes en un procedimiento podrán asimismo aplazar el examen de los créditos o convenir en el procedimiento que se seguirá para dicho examen que pudiera ser de carácter general o solo relativo a ciertas categorías de créditos (por ejemplo, los créditos internos de un grupo de empresas)[70].

ii) Impugnación de ciertos actos

63. Algunos acuerdos contienen cláusulas relativas a la investigación y recuperación de bienes que puedan pertenecer a la masa del deudor ubicada en el territorio jurisdiccional del tribunal[71]. La legitimidad para investigar toda enajenación de bienes de la masa y para impugnar dichos actos puede depender de la ley del foro competente o de las reglas aplicables en materia de conflicto de leyes.

iii) Representantes de la insolvencia

64. El acuerdo suele precisar la potestad jurisdiccional que retendrá cada tribunal respecto del representante de la insolvencia nombrado en el procedimiento que se esté siguiendo ante dicho tribunal. Dicha potestad puede recaer sobre el nombramiento, la conducta y la remuneración del representante, facultando además al tribunal para conocer y resolver toda cuestión que surja a ese respecto en el procedimiento seguido ante el tribunal[72]. Dicha potestad puede recaer también, en algunos casos, sobre cuestiones concernientes al representante de la insolvencia nombrado en algún otro procedimiento. Por ejemplo, en un caso entre los Estados Unidos y los Países Bajos en el que no se concertó un acuerdo transfronterizo, la contratación y la remuneración de los profesionales se realizó de forma coordinada. El tribunal de los Estados Unidos aprobó la contratación y remuneración para el abogado tanto del deudor como de la junta de acreedores ordinarios, mientras que el abogado holandés se encargó de tramitar la aprobación de la remuneración de los profesionales estadounidenses[73].

iv) Solución de las controversias

65. A fin de que se mantenga la cooperación entre los procedimientos y de hacer que se respete el marco establecido por el acuerdo, cabe pactar una vía para resolver las controversias que surjan en su aplicación[74]. En un acuerdo transfronterizo pueden regularse dos tipos de controversias: por una parte, las relativas a la intención, la interpretación o la ejecución del acuerdo y, por otra, sobre ciertos tipos de posibles conflictos en el procedimiento de insolvencia, con reglas especiales para

---

[68] Véase, por ejemplo, el caso *Pioneer*.
[69] Véase, por ejemplo, el caso *Philip*.
[70] Véanse, por ejemplo, los casos *Calpine* y *Quebecor*.
[71] Véase, por ejemplo, el caso *Nakash*, párrafos 7 a 12.
[72] Véanse, por ejemplo, los casos *Laidlaw* y *Mosaic*.
[73] Véase el caso *United Pan-Europe*.
[74] Véase, por ejemplo, el caso *Systech*; las directrices *CoCo Guidelines* aconsejan a los tribunales que cooperen entre sí en la solución de toda controversia relativa a la intención o a la aplicación de las cláusulas de un acuerdo o protocolo de cooperación (directriz 16.2).

su resolución. Un ejemplo del segundo tipo de mecanismo para la solución de controversias es la elaboración de un plan para la presentación de reclamaciones especiales (por ejemplo, sobre garantías) a un tribunal especial o a un órgano de arbitraje encargado de resolver cuestiones que, de otro modo, podrían plantear difíciles e inciertos problemas de conflictos de leyes o de elección del foro.

66. Los acuerdos transfronterizos prevén distintas vías para la solución de esas controversias. Una de ellas consiste en que las partes hagan lo posible por resolver la controversia sin tener que llevarla ante un tribunal. De no ser posible dicha vía, cabrá llevar la controversia ante el tribunal designado en el acuerdo como competente para hacer respetar las cláusulas del acuerdo[75] o para resolver ciertas controversias, como las nacidas de algún acto o decisión del representante de la insolvencia[76]. Otra vía a seguir sería la de remitir todo asunto relativo a las actuaciones abiertas en un Estado al tribunal competente de dicho Estado o la de remitir toda controversia referente a todos los procedimientos a los que sea aplicable un acuerdo al tribunal que esté en mejores condiciones para resolver la controversia[77].

67. Cabe también que los tribunales hayan pactado compartir la competencia para resolver ciertas controversias y celebrar, cuando proceda, una audiencia conjunta para resolverlas. Si contrariamente a lo pactado, se lleva una controversia ante uno solo de los tribunales, cabe que el acuerdo haya previsto que dicho tribunal podrá i) dictar, en consulta con el otro tribunal, una decisión vinculante para resolverla; ii) inhibirse en favor del otro tribunal, trasladándole total o parcialmente la cuestión suscitada; o iii) convocar una audiencia conjunta de los dos tribunales[78].

68. Otra posible vía de arreglo sería la de remitir a un tercer mediador la resolución de dichas controversias. Cabría indicar en el acuerdo el procedimiento a seguir en dicha mediación, regulando su apertura, la posibilidad de rechazo, el calendario, la elección y el nombramiento del mediador, la remuneración y la inmunidad del mismo, así como la confidencialidad de dicho proceso[79].

69. Algunos acuerdos prevén además que los tribunales podrán facilitarse mutuamente informes o directrices y especifican el procedimiento aplicable. En aras de la transparencia, suelen declararse aplicables los requisitos del acuerdo en materia de notificación y tanto las empresas deudoras como la junta de acreedores y los representantes de la insolvencia podrán presentar todo escrito que proceda ante el foro competente en respuesta a los informes o directrices escritos enviados por el otro tribunal[80].

70. El acuerdo puede haber indicado también las partes que estarán legitimadas para llevar ante el tribunal toda cuestión concerniente al acuerdo, señalando, a ese respecto, a los representantes de la insolvencia[81] o a toda otra parte interesada.

---

[75] Véase, por ejemplo, el caso *ISA-Daisytek*.
[76] Véase, por ejemplo, el caso *GBFE*.
[77] Véase, por ejemplo, el caso *Federal-Mogul*.
[78] Véanse, por ejemplo, los casos *Financial Asset Management* y *Laidlaw*.
[79] Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*.
[80] Véase, por ejemplo, el caso *Mosaic*.
[81] Véanse, por ejemplo, los casos *GBFE* y *Peregrine Investment*.

c) Inhibición del foro

71. Se dice que un tribunal se inhibe cuando acepta algún límite de su propia competencia, respecto de la del otro tribunal, para conocer de ciertas cuestiones, declinando, por ejemplo, su competencia para conocer de una demanda que le sea presentada o para emitir una orden que le sea solicitada. En una inhibición también es posible que un tribunal aguarde la decisión de otro y luego, tras oír los argumentos de las partes y ateniéndose a la resolución del otro tribunal, adopte una decisión "independiente" pero similar. Cuando la ley lo autorice, un tribunal podrá declinar su fuero, inhibiéndose en favor del otro, para evitar fallos contradictorios acerca de la misma cuestión. La inhibición de un foro competente es una cuestión delicada que afecta a la independencia de los tribunales y a la soberanía de un país. Solo puede darse si los foros competentes están de acuerdo y suele ser recíproca; por ejemplo, un tribunal solamente suele consentir en declinar su competencia para conocer de ciertas cuestiones, o en ejecutar la decisión del otro, en respuesta a una inhibición similar consentida por el otro tribunal. Un factor que aboga en favor de que un foro competente se inhiba, respecto de ciertas cuestiones, es el reconocimiento por un tribunal de que, de lo contrario, las actuaciones podrían verse paralizadas, dando lugar a una pérdida de valor de la masa insolvente en detrimento de los acreedores. La eficacia de un acuerdo transfronterizo por el que se prevea una inhibición recíproca de los foros competentes dependerá básicamente de que dichos tribunales reconozcan la validez de dicho pacto.

72. Abstenerse de ejercer su propia competencia, inhibiéndose en favor del otro tribunal, pudiera no ser posible respecto de ciertas cuestiones, dado que un tribunal estará a menudo obligado a ejercer su competencia jurisdiccional o su control judicial exclusivo sobre ciertos asuntos. La ley procesal del foro limita, en ocasiones, las facultades de un tribunal para inhibirse en favor de otro. A veces, los acuerdos transfronterizos contienen cláusulas conforme a las cuales un tribunal solamente podrá inhibirse en favor de otro si ello es compatible con el derecho interno. Además, cabe que el representante de la insolvencia esté habilitado en dichos países para no presentar ciertas demandas o solicitudes ante el foro de su propio país, dejando así que el representante nombrado en un procedimiento conexo presente tal demanda ante el foro competente del otro país.

73. El acuerdo transfronterizo podrá ocuparse de la inhibición eventual de uno u otro foro respecto de ciertos puntos concretos, definiendo tal vez ciertas cuestiones en las que procederá que un tribunal haga remisión al fallo emitido por el otro, por ejemplo, aceptando la resolución de cierta controversia surgida en el curso del cumplimiento del propio acuerdo o dando curso a la paralización de las actuaciones decretada por el otro tribunal, así como en toda otra cuestión que dependa del derecho interno del otro país interesado[82]. Cabrá prever también la inhibición en términos genéricos cuando tal inhibición de uno de los foros resulte conveniente y esté autorizada[83]. En el caso *Inverworld* anteriormente reseñado, uno de los frutos del acuerdo fue que uno de los tres tribunales competentes se inhibió en favor de los otros dos al clausurar las actuaciones entabladas ante su foro a reserva de que dichos tribunales aceptaran ciertas condiciones relativas al trato otorgable a los reclamantes y a la distribución de ciertas funciones entre ellos.

---

[82] Véase, por ejemplo, el caso *Olympia & York*.

[83] Véanse, por ejemplo, los casos *Loewen* y *360Network Group*.

74. Como ejemplos de supuestos en los que un foro podría inhibirse en favor del otro, cabe citar el de que convenga que la reorganización de una empresa deudora corra a cargo del tribunal que esté sustanciando el procedimiento principal[84]; el hecho de que se haya decidido que el foro competente del lugar de la ley aplicable al crédito sea el que conozca de todo recurso contra la no admisión de dicho crédito[85]; la existencia de un pacto por el que se estipule que todo recurso al respecto presentado ante otro tribunal sea remitido al foro que el pacto designe competente, y todo pacto por el que quepa presumir que el tribunal que deba inhibirse dio ya su aprobación respecto del caso considerado[86].

d) Derecho a comparecer y a ser oído

i) Legitimidad procesal

75. El artículo 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI dispone que todo representante extranjero estará legitimado para obtener acceso directo a los tribunales del Estado que haya dado su reconocimiento al procedimiento extranjero, liberando así a ese representante de la obligación de cumplir ciertos requisitos del foro exigibles al representante extranjero, como el de una licencia para actuar ante el tribunal o el de algún permiso consular. Esos requisitos suelen resultar engorrosos y lentos menoscabando la celeridad con la que se debe actuar en los procedimientos de insolvencia tanto internos como transfronterizos. En Estados que no hayan adoptado la Ley Modelo, el derecho de acceso a los tribunales podría verse obstaculizado o limitado por requisitos formales del tribunal o por alguna norma de derecho interno.

76. Los acuerdos que se ocupan del acceso directo de los interesados a los tribunales lo regulan de modo diverso y en función de cuál sea la parte interesada[87]. Algunos acuerdos se ocupan de esta cuestión al pactar que toda parte interesada estará legitimada para comparecer ante el foro competente de todo Estado que sea parte en el acuerdo, en la misma medida en que una parte homóloga domiciliada en dicho Estado esté legitimada para hacerlo. Tal acceso podrá ser otorgado a un representante de la insolvencia o a alguna otra parte interesada, como los acreedores, el deudor, la junta de acreedores y todo prestamista que conceda un préstamo posterior a la apertura del procedimiento. Tratándose de un acreedor, muchos acuerdos le confieren el derecho a personarse en los procedimientos abiertos, aun cuando se trate de un procedimiento en el que dicho acreedor no haya presentado crédito alguno. Otro enfoque será el adoptado por los principios del *Concordat* que reconocen a todos los interesados y a la junta de acreedores el derecho a personarse ante todo foro en donde se haya abierto un procedimiento, pero sin imponerles la obligación de hacerlo[88].

77. En otro caso, el acuerdo prevé que el representante de la insolvencia de un Estado reconoce la legitimidad procesal de los representantes extranjeros para intervenir en procedimientos de insolvencia nacionales o estipula que el representante de uno de los Estados apoyará toda solicitud que presente un representante de la

---

[84] Véase, por ejemplo, el caso *Pioneer*.
[85] Véase, por ejemplo, el caso *GBFE*.
[86] Véase, por ejemplo, el caso *GBFE*.
[87] Las *CoCo Guidelines* recomiendan que se dé acceso directo al representante extranjero de la insolvencia (directriz 5).
[88] Véase, por ejemplo, el *Concordat*, principios 3A y 3C, así como el caso *AIOC*.

insolvencia de otro Estado para comparecer en un procedimiento nacional[89]. La validez de los pactos entre representantes de la insolvencia en materia de acceso directo a los tribunales dependerá del derecho interno aplicable, por lo que tal vez no constituyan sino una mera expresión de buena voluntad o una promesa del representante nacional de que él no se opondrá a la comparecencia de los representantes extranjeros ante el foro nacional.

78. Algunos acuerdos dan también detalles acerca de cómo presentar un aviso de comparecencia, facilitando la dirección exacta del foro nacional competente[90].

ii) Sumisión a la jurisdicción del tribunal local

79. El artículo 10 de la Ley Modelo constituye una regla de "salvaguardia" por la que se garantiza que el foro competente de un Estado que haya promulgado el régimen de la Ley Modelo no extenderá su jurisdicción sobre todos los bienes del deudor o sobre el representante extranjero por el mero hecho de que dicho representante haya presentado una solicitud de reconocimiento de un procedimiento extranjero. En países donde no se haya promulgado la Ley Modelo, todo representante de la insolvencia o toda parte interesada extranjera que comparezca ante el foro competente de tales países se expone a quedar sujeta a la ley del foro nacional ante el que comparezca en lo que respecta al ámbito de su competencia. De concertarse un acuerdo que se ocupe del derecho a comparecer ante los tribunales de los diversos Estados interesados en un caso de insolvencia, cabría delimitar el alcance de sumisión de todo interesado que comparezca ante un foro extranjero en la medida en que la ley del foro lo permita, previniéndose así el riesgo de un conflicto con la ley del foro de un Estado que no haya adoptado el régimen de la Ley Modelo. Para ser válido, todo pacto a este respecto que se incluya en un acuerdo deberá contar con la aprobación del foro nacional competente.

80. Los acuerdos difieren por la manera de resolver esta cuestión. Algunos estipulan que la comparecencia ante el tribunal de un Estado o la presentación de una solicitud ante dicho foro puede someter al interesado a su jurisdicción solo en lo que respecta al procedimiento abierto ante ese foro[91]. Con arreglo a otros acuerdos el interesado pasaría a estar bajo la competencia del foro extranjero solo en lo que respecta al crédito o a la solicitud que haya presentado en el procedimiento abierto en ese Estado[92]. De no haber comparecido una parte previamente ante un tribunal extranjero, o de no desear personarse ante tal foro, cabrá estipular en el acuerdo que el interesado podrá presentar pruebas escritas en apoyo de una solicitud o crédito sin que se estime que dicha persona ha comparecido ante el tribunal extranjero al que haga llegar las pruebas escritas, siempre que no solicite alguna medida de ese tribunal.

81. Algunos acuerdos estipulan que los representantes de la insolvencia quedarán exentos de la competencia del tribunal extranjero ante el que comparezcan[93], mientras

---

[89] Véanse, por ejemplo, los casos *Manhatinv* y *Federal-Mogul*.

[90] Véase, por ejemplo, el caso *Everfresh*.

[91] Véanse, por ejemplo, los casos *Loewen* y *Matlack*.

[92] Véase, por ejemplo, el caso *Inverworld*.

[93] Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*; este criterio se comparte en las *Court-to-Court Guidelines* que disponen que la comparecencia de un representante de la insolvencia en

que otros estipulan que ese tribunal asumirá cierta competencia sobre el representante de la insolvencia, pero únicamente respecto del asunto por razón del cual se haya personado ante dicho foro[94]. Tal cláusula respondería al problema de todo representante que no desee someterse, en su condición de tal, a la competencia de un tribunal extranjero. Esa renuencia puede deberse a que el representante desconoce el derecho interno de ese Estado, o a las diferencias entre las legislaciones. El representante de la insolvencia evitará comprometerse en algo importante ante un tribunal extranjero, dado que tal compromiso podría suponer una violación del deber asumido por ese representante en su propio país o una violación de la ley del Estado extranjero, tal vez por no estar habilitado para adoptar ante ese Estado medida alguna que sea contraria al deber que haya asumido en su propio país.

82. Algunos acuerdos extienden la inmunidad personal frente a la jurisdicción del foro extranjero a la junta de acreedores al estipular que la comparecencia ante otro foro no dará lugar a que los miembros de la junta queden personalmente sometidos a la jurisdicción de dicho foro[95].

83. A título de salvaguardia, algunos acuerdos estipulan que ninguna persona quedará sometida al derecho sustantivo del Estado del foro, salvo que, conforme a las reglas sobre conflictos de leyes de ese Estado, su ley sea aplicable a la operación en litigio, aun en casos en que la causa sometida a dicho tribunal no sea de insolvencia[96].

e) Procedimientos futuros

84. Tal vez proceda que el acuerdo prevea las cuestiones que pudieran surgir de abrirse algún procedimiento de insolvencia adicional respecto del deudor (por ejemplo, ante algún otro foro o, en el caso de un grupo de empresas, respecto de alguna otra empresa del grupo). Un acuerdo podrá prever su aplicación a un eventual procedimiento futuro no expresamente previsto en el acuerdo, siempre que, si se declara abierto un nuevo procedimiento extranjero, la política y las prácticas previstas en el acuerdo resulten aplicables a los asuntos que vayan a ser objeto del procedimiento extranjero y siempre que se trate por igual a todos los acreedores que hayan de personarse en el procedimiento extranjero, sea cual sea la ubicación de su domicilio. Un acuerdo puede haber previsto el supuesto de que un tribunal apruebe ulteriormente un acuerdo adicional con otro tribunal sito en un país extranjero, siempre y cuando el tribunal que solo sea parte en el acuerdo inicial cumpla lo estipulado en el acuerdo adicional si su propia ley se lo permita y si ello es conforme con los principios de la cortesía internacional en materia de cooperación judicial[97].

85. En una cláusula de alcance más genérico, las obligaciones aplicables en virtud del régimen de la insolvencia a los procedimientos en curso pueden hacerse extensivas a todo procedimiento futuro. Como ejemplo cabe citar un acuerdo en virtud del cual la obligación de intercambiar información entre procedimientos sobre los créditos presentados debía hacerse extensiva al intercambio de esa

---

un procedimiento extranjero no le somete a la competencia del tribunal que conozca de dicho procedimiento (directriz 13).

[94] Véanse, por ejemplo, los casos *360Networks* y *Livent*.

[95] Véanse, por ejemplo, los casos *Pioneer* y *Systech*; véase también el *Concordat*, principios 3A y 3C.

[96] Véase, por ejemplo, el caso *Solv-Ex*, párrafo 7.

[97] Véase, por ejemplo, el caso *360Networks*, párrafos 30 y 31.

información con procedimientos futuros[98]. La finalidad de esa cláusula no es otra que la de reforzar la obligación prevista en el derecho interno.

Cláusulas modelo

Cortesía judicial internacional e independencia de los tribunales

1) La aprobación y ejecución del presente acuerdo no supondrá merma alguna de la independencia jurisdiccional de los tribunales de los Estados A y B. La aprobación y ejecución del presente acuerdo no se considerará una violación de la soberanía del Estado A o del Estado B.

2) De conformidad con los principios de la cortesía internacional y de la independencia judicial enunciados en el párrafo 1), no se considerará que lo estipulado en el presente acuerdo:

a) Incrementa, reduce o modifica de algún modo la soberanía de los Estados A o B o la independencia y competencia de sus tribunales o de algún otro órgano jurisdiccional de esos Estados, o merma la autoridad de dichos órganos para otorgar alguna medida reparatoria apropiada con arreglo a la ley aplicable;

b) Obliga al foro competente del Estado A o B a adoptar alguna medida que sea incompatible con las obligaciones que le imponga la ley del foro de los Estados A o B;

c) Obliga al deudor, a la junta de acreedores o al representante de la insolvencia a adoptar o a abstenerse de adoptar alguna medida en violación de algún deber impuesto por la ley aplicable; o

d) Autoriza alguna medida que, en virtud del régimen de la insolvencia del Estado A o del Estado B, deba ser aprobada, tras ser oídas las partes y tras haberse dado todo aviso que proceda, por uno o los dos tribunales (salvo que tal medida esté expresamente prevista por el presente acuerdo).

3) El deudor, la junta de acreedores, los representantes de la insolvencia y todo empleado, agente, socio o profesional al servicio de alguno de ellos, deberán respetar y cumplir con todo deber que les sea impuesto por el derecho interno del Estado A y del Estado B, o por toda otra ley o reglamento aplicable, así como por toda orden emanada de un tribunal competente.

Reparto de competencias entre los tribunales

El tribunal del Estado A gozará de una competencia exclusiva sobre las actuaciones en el procedimiento que se esté siguiendo en el Estado A y sobre toda audiencia que haya de celebrarse en el curso de dicho procedimiento. [*Repítase la presente cláusula, pero refiriéndola al tribunal del Estado B.*]

Reparto de la competencia jurisdiccional entre los tribunales: trato otorgable a los créditos

A fin de coordinar la [reestructuración] [liquidación] del negocio del deudor y de evitar toda duplicación innecesaria de las actuaciones o de las costas, o toda

[98] Véase, por ejemplo, el caso *SENDO*, primera parte, 2.

resolución de un tribunal incompatible con la de otro de los tribunales, serán aplicables los siguientes principios para determinar la validez y la cuantía de cada crédito presentado contra uno de los deudores y el trato otorgable a dicho crédito:

a) La determinación de todos los créditos del deudor del Estado A, inclusive los créditos nacidos de garantías otorgadas por el deudor del Estado A, deberá efectuarse por el tribunal del Estado A en el marco del procedimiento abierto ante dicho foro;

b) La determinación de todos los créditos contra el deudor del Estado B (a excepción de los créditos descritos en el apartado a) de la presente cláusula) deberá hacerse con arreglo a los siguientes principios:

i) Se presumirá que toda persona que presente un crédito contra el deudor del Estado B, en el procedimiento abierto en el Estado A, ha optado por que el tribunal del Estado A sea el que determine la validez, la cuantía y el trato otorgable a su crédito;

ii) Se presumirá que toda persona que presente un crédito contra el deudor del Estado B, en el procedimiento abierto en dicho Estado, ha optado por que el tribunal del Estado B sea el que determine la validez, la cuantía y el trato otorgable a su crédito;

iii) Se presumirá que toda persona que presente un crédito contra el deudor del Estado B, tanto en el procedimiento abierto en el Estado A como en el procedimiento abierto en el Estado B, ha optado por que el tribunal del Estado A sea el que determine la validez, la cuantía y el trato otorgable a su crédito.

[*Trasladado a "Ley aplicable" (véase 4 c) infra*).]

Representantes de la insolvencia

1) El representante de la insolvencia y todo otro profesional nombrado en el procedimiento abierto en el Estado A quedarán sometidos a la competencia exclusiva del tribunal del Estado A, que será competente en todo lo que les concierna, y en particular para:

a) Determinar la duración de su mandato;

b) Fijar su remuneración;

c) Determinar su responsabilidad eventual frente a toda persona perjudicada, ya sea física o jurídica, el deudor o algún tercero, a resultas del ejercicio de su cargo; así como para

d) Conocer de cualquier asunto relativo a estas cuestiones que surja en su procedimiento, y para dirimir la cuestión.

2) El representante de la insolvencia y todo otro profesional designado por el tribunal del Estado A no estarán obligados a recabar la aprobación de ese tribunal para poder actuar ante el tribunal del Estado B. Además, el representante de la insolvencia y todo otro profesional nombrado por el tribunal del Estado A:

a) Serán remunerados por sus servicios solo con arreglo al régimen de la insolvencia y a toda otra norma legal o mandato judicial aplicable que esté en vigor o haya sido emitido en el Estado A; y

b) No estarán obligados a recabar la aprobación de la remuneración que les sea otorgada por concepto de sus servicios en el procedimiento abierto por el tribunal del Estado B.

[*Repítanse estas dos últimas cláusulas, refiriéndolas al procedimiento abierto en el Estado B.*]

Solución de controversias

Variante A

Toda controversia relativa a las cláusulas, la finalidad o la aplicación del presente acuerdo será presentada por las partes ante el tribunal del Estado A, o ante el tribunal del Estado B o ante ambos tribunales a la vez, previa notificación dada con arreglo a lo previsto en el anterior párrafo [...]. Cuando sea uno solo de los tribunales el que vaya a resolver la controversia, dicho tribunal:

a) podrá obrar en consulta con el otro tribunal; y

b) estará plenamente facultado para:

i) emitir un fallo vinculante a raíz de esa consulta;

ii) abstenerse de pronunciarse al respecto, trasladando total o parcialmente el conocimiento del asunto en litigio al otro tribunal; o

iii) solicitar una audiencia conjunta de los dos tribunales.

No obstante, cada tribunal deberá respetar, al emitir su resolución, la independencia y toda competencia inherente al otro tribunal que sea conforme a derecho, y deberá obrar respetando las prácticas de la cortesía judicial internacional.

Variante B

El presente acuerdo se regirá únicamente por la ley del Estado A. Toda controversia relativa a la validez, la interpretación y el cumplimiento o incumplimiento del presente acuerdo será de la competencia exclusiva del foro del Estado A.

Variante C

Toda controversia relativa a los términos, la finalidad o la aplicación del presente acuerdo deberá ser presentada por las partes interesadas, previa toda notificación exigible, ante el foro competente del Estado A o del Estado B.

Inhibición de uno de los foros

A fin de armonizar y coordinar la administración de los procedimientos de insolvencia, los tribunales del Estado A y del Estado B coordinarán en lo posible sus actuaciones y declinarán, cuando proceda, su propia competencia en favor de la del otro foro. De ser posible, toda cuestión será determinada por un solo tribunal, pero procurando siempre evitar conflictos entre los tribunales.

Derecho a comparecer y a ser oído

El deudor, sus acreedores y todo otro interesado en el procedimiento de insolvencia, como la junta de acreedores y los representantes de la insolvencia, tendrán derecho

y estarán legitimados para a) comparecer y ser oídos en las actuaciones abiertas por el tribunal tanto del Estado A como del Estado B, al igual que todo acreedor o todo otro interesado domiciliado en el país del respectivo foro, con arreglo a toda norma de derecho interno que sea aplicable a toda otra parte que haya de comparecer ante dicho foro, y b) depositar un aviso de comparecencia u otras solicitudes o documentos o cumplir todo otro trámite que proceda ante al tribunal del Estado A o del Estado B, a sabiendas, no obstante, de que su comparecencia o todo otro trámite cursado ante dicho tribunal puede someter a un acreedor y a todo otro interesado a la competencia del tribunal ante el que haya comparecido o tramitado su instancia. La comparecencia de la junta de acreedores ante el foro que sustancie el procedimiento en el Estado B no someterá a los miembros de la junta a la competencia de ese foro. De conformidad con lo indicado en el anterior párrafo [...] [*acerca de la competencia de cada tribunal para nombrar al representante de la insolvencia y para determinar su remuneración*], a) el tribunal del Estado B podrá declararse competente respecto del representante de la insolvencia nombrado en el Estado A en lo relativo a todo asunto que haya motivado que el representante de la insolvencia nombrado en el Estado A comparezca ante el tribunal del Estado B; y b) [*Repítase lo dicho en el apartado a), refiriéndolo al tribunal del Estado A*.]

Procedimiento futuro

1) De abrirse otro procedimiento extranjero, toda persona afectada por el presente acuerdo deberá, en la medida de lo posible y siempre que todo acreedor en dicho procedimiento extranjero sea tratado por igual sea cual sea el lugar de su domicilio, poner en práctica los procedimientos previstos por el presente acuerdo respecto del procedimiento extranjero y actuará respecto de tal procedimiento con arreglo al objetivo y las normas de conducta procesal estipuladas en el presente acuerdo.

2) Si el foro del Estado A concierta un acuerdo con un foro de un país distinto del Estado B, el foro del Estado B observará dicho acuerdo en la medida en que lo permita el derecho interno del Estado B y en la medida en que ello sea conforme a los principios de la cortesía internacional y de la cooperación judicial. [*Repítase esta cláusula, refiriéndola al tribunal del Estado B*.]

4. Administración de las actuaciones

86. La manera en que se resuelvan ciertas cuestiones de procedimiento que pueden surgir en una insolvencia transfronteriza, como la prelación entre los procedimientos, la paralización de las actuaciones o la determinación de la ley aplicable, puede ser un factor decisivo en orden al éxito de las actuaciones abiertas en un caso de insolvencia transfronteriza. Por ejemplo, si la paralización de toda actuación individual ordenada a raíz de la apertura de un procedimiento colectivo en un Estado no es aplicada ni respetada en otros Estados en donde el deudor posea bienes, esa inobservancia de la paralización podría mermar la masa de la insolvencia en perjuicio de todos los acreedores. Procedería por ello que estas cuestiones fueran abordadas y resueltas en un acuerdo.

a) Prelación entre los procedimientos

87. Conforme se indicó anteriormente, la experiencia demuestra que los tribunales son a menudo reacios a la hora de inhibirse en favor de un tribunal extranjero, por lo

que tal vez prefieran tratar los procedimientos como si fueran concurrentes o paralelos, independientemente de que sean procedimientos principales o no principales. Esa preferencia puede estar fundada en el derecho interno aplicable o en el deseo de amparar los intereses de los acreedores del propio país. En aras de la seguridad jurídica y a fin de evitar conflictos y simplificar la coordinación de las actuaciones, cabría que el acuerdo asigne a cada foro la competencia para conocer de determinadas cuestiones o que convenga en un orden de prelación en determinados asuntos entre los distintos procedimientos. Por ejemplo, las partes podrán convenir en el acuerdo en cuál será el procedimiento principal que goce por ello de precedencia sobre los demás procedimientos, tenidos por no principales[99].

88. Sucede a veces que un representante nombrado en un Estado solicite la apertura de un procedimiento en un Estado extranjero a fin de evitar conflictos jurisdiccionales o el riesgo de que los bienes del deudor sean dispersados en perjuicio de sus acreedores[100]. Dado que tal vez no sea posible que un representante de la insolvencia que haya solicitado la apertura de un procedimiento extranjero sea nombrado representante en el otro Estado, puede ser importante que los representantes en uno y otro procedimiento lleguen a un acuerdo a fin de facilitar la coordinación de las actuaciones y evitar que se frustre la finalidad del procedimiento auxiliar. En el caso *SENDO*, por ejemplo, los representantes de la insolvencia concluyeron un acuerdo "para definir cómo habrían de proceder en la práctica a fin de obtener una coordinación eficiente de los dos procedimientos de insolvencia", al reconocer que el marco jurídico existente en dicho caso, es decir el Reglamento (CE) de la Unión Europea, enunciaba únicamente ciertas reglas funcionales demasiado generales[101].

b) Paralización de las actuaciones individuales

89. La Guía Legislativa de la CNUDMI fija como objetivo esencial de un régimen eficaz de la insolvencia amparar el valor de la masa de la insolvencia frente a toda acción individual entablada por las diversas personas interesadas en la insolvencia y facilitar el curso ordenado y equitativo de las actuaciones colectivas en materia de insolvencia. La paralización o la suspensión de las actuaciones individuales constituyen uno de los medios para lograr dichos objetivos. Una insolvencia transfronteriza que dé lugar a la apertura de varios procedimientos suele suscitar muchas dificultades en materia de paralización de las actuaciones, particularmente en lo que respecta a la observancia de una orden de paralización emitida por un tribunal extranjero en un procedimiento extranjero o al recurso de emitir órdenes de paralización paralelas en apoyo de un procedimiento extranjero. El derecho interno puede imponer límites al reconocimiento o la observancia de una paralización ordenada por un tribunal extranjero, o tal vez no autorice al tribunal local a otorgar una medida de paralización paralela basada en la presunta validez de la apertura de un procedimiento extranjero. Además, la paralización ordenada en un procedimiento de insolvencia tal vez no sea aplicable con el mismo alcance en el Estado donde se solicite su aplicación. La observancia de una orden de paralización emanada de un foro extranjero podría depender de consideraciones políticas y económicas, así como de los contactos comerciales o de las relaciones de amistad con el Estado en donde se haya ordenado la paralización. Aun cuando el derecho interno haya previsto el

[99] Véanse, por ejemplo, los casos *GBFE,* párrafo 3.1, y *Peregrine*, párrafo 2.
[100] Véanse, por ejemplo, los casos *GBFE, párrafo E, Peregrine*, párrafo H y *SENDO*, párrafo 2.
[101] Véase, por ejemplo, el caso *SENDO*, página 2.

reconocimiento universal de una paralización automática, cabe que un foro extranjero no se sienta obligado a acatar una paralización si desea amparar los intereses de los acreedores locales, aun cuando con ello se impida que se maximice el valor de la masa de la insolvencia en provecho de todos los acreedores.

90. La Ley Modelo prevé la paralización automática de las actuaciones individuales a raíz del reconocimiento de un procedimiento extranjero y se ocupa de ciertos aspectos relativos a la coordinación de las medidas adoptadas en el procedimiento principal y en los procedimientos secundarios[102]. En Estados que promulguen el régimen de la Ley Modelo, la actitud de todo foro nacional respecto de una paralización resultaría relativamente clara y transparente[103]. Ahora bien, en otros Estados, o en Estados en los que no se solicite el reconocimiento del procedimiento extranjero, tal vez proceda prever esta cuestión en el marco de un acuerdo transfronterizo. Dado que el reconocimiento de una orden de paralización dictada en un procedimiento extranjero no podrá ser impuesta al tribunal nacional por el mero acuerdo entre las partes, los tribunales interesados deberán por lo general dar su aprobación a todo acuerdo en el que se prevea tal reconocimiento.

91. Los acuerdos adoptan diversos criterios respecto de la paralización. Algunos acuerdos han previsto el reconocimiento conjunto de toda paralización de las actuaciones, al estipular que el tribunal de un Estado puede reconocer y dar curso en su propio ámbito jurisdiccional a la paralización decretada por el tribunal de otro Estado que sea parte en el mismo acuerdo y viceversa. Cabría hacer la salvedad de que la paralización será aplicada en la medida en que resulte necesaria y apropiada o con el mismo alcance que se le haya dado en el Estado donde fue ordenada. Cabría estipular que el tribunal que vaya a reconocer y dar curso a la paralización ordenada en otro Estado deberá consultar con el tribunal que emitió la orden en lo relativo a la interpretación y aplicación que deba darse a la paralización, así como en lo referente a toda modificación o exención eventual de la misma, y a su ejecutoriedad.

92. En otros acuerdos no está previsto el reconocimiento automático, por los foros extranjeros, de una paralización ordenada por un tribunal que sea parte en el acuerdo, previendo en cambio que se solicite el reconocimiento y la asistencia de todo foro que proceda, pero dejando que sea el foro requerido el que decida si procede dar curso a la paralización ya ordenada o dictar una medida equivalente a su propia jurisdicción[104].

93. Además de convenir en dar curso a toda orden judicial de paralización de las actuaciones, las partes en el acuerdo pueden convenir en que suspenderán el curso de toda acción o medida ejecutoria interpuesta por ellas contra el deudor durante un cierto plazo que dé margen para concertar un enfoque coordinado de las actuaciones. Cabrá concertar ese acuerdo en el marco de la junta de acreedores o directamente entre los acreedores interesados (particularmente si son ellos los que han solicitado la apertura de un procedimiento de insolvencia) y podrá consignarse por escrito[105], pero cabría concertarlo igualmente de palabra. En un caso surgido entre un procedimiento principal y otro no principal, el representante de la insolvencia del

[102] Ley Modelo de la CNUDMI, artículos 20, 21, 28 y 29.
[103] No todos los Estados que han inspirado su legislación en la Ley Modelo han adoptado la práctica de la paralización automática.
[104] Véase, por ejemplo, el caso *Federal-Mogul*, párrafo 7.
[105] Véase, por ejemplo, el caso *Inverworld*, párrafo 27.

procedimiento principal convino en no solicitar, durante cierto plazo, una orden de paralización en el procedimiento no principal, a fin de determinar cuál sería la vía óptima para recuperar los bienes del deudor, pese a que el derecho interno aplicable le reconocía el derecho a solicitarla[106].

94. En algunos acuerdos se ha abordado también prever una exención eventual de la paralización. Uno de estos acuerdos preveía que la parte interesada solicitara su exención de un acuerdo ya en vigor, en caso de emergencia. En otro acuerdo se facilitaba la coordinación de las actuaciones al eximir al representante extranjero de la paralización automática durante cierto período que le permitiera investigar la situación de los bienes supuestamente pertenecientes a la masa de la insolvencia en el Estado del foro. En un caso en el que estaba prevista la administración conjunta de una insolvencia transfronteriza a raíz de que los interesados concertaran el plan de la misma, un acuerdo aprobado por los tribunales eximió a los representantes de la insolvencia de toda orden de paralización o similar que se dictara para que dispusiera de margen para dar curso al plan que se conviniera.

95. En supuestos en los que haya personas o bienes en un tercer Estado, en el acuerdo transfronterizo cabría prever que todo tribunal requerido pudiera otorgar una medida de emergencia a instancia del representante de la insolvencia. En un acuerdo se estipuló que, dado que la medida de amparo sería otorgada por el foro de un solo país, el representante de la insolvencia podría recabar, lo antes posible, la aprobación ulterior de todo otro foro que procediera[107].

c) Ley aplicable

96. Cuando las partes o los bienes afectados por un procedimiento de insolvencia se encuentren en distintos Estados, puede resultar muy problemática la determinación de la ley aplicable tanto a la validez y oponibilidad de las garantías u otros derechos sobre dichos bienes como al trato otorgable a los bienes de la masa de la insolvencia sitos en distintos Estados, y a las garantías y créditos de aquellas personas que no estén domiciliadas en el territorio del Estado donde se haya abierto el procedimiento de insolvencia. El tribunal que haya abierto un procedimiento de insolvencia se valdrá normalmente de las reglas de derecho internacional privado (es decir, de las reglas sobre conflictos de leyes) de la ley del foro para determinar cuál será la ley aplicable para determinar tanto la validez y oponibilidad de una garantía o de un crédito como el trato otorgable a los bienes de la masa. El procedimiento de insolvencia se regirá normalmente por la ley del foro que lo haya declarado abierto (la *lex fori concursus*), aun cuando muchos Estados prevean numerosas excepciones a dicha ley fundadas en diversos motivos y de alcance igualmente variable. La diversidad y el número de dichas excepciones pueden causar inseguridad e incertidumbre a las partes interesadas en un procedimiento de insolvencia transfronteriza. La claridad con la que el régimen de la insolvencia haya previsto la determinación de la ley aplicable a todos los bienes e intereses afectados por la insolvencia será fuente de certeza y seguridad jurídica en lo relativo a los efectos del procedimiento de insolvencia sobre las garantías y créditos de las partes afectadas por el procedimiento.

---

[106] Véase, por ejemplo, el caso *SENDO*, segunda parte, 1.1, página 7.

[107] Véase, por ejemplo, el caso *Nakash*, párrafo 6.

97. Ahora bien, la mayoría de los Estados no disponen de reglas en materia de conflictos de leyes que estén expresamente pensadas para resolver las cuestiones que puedan surgir en un caso de insolvencia transfronteriza. Cabe citar, a título de ejemplo, el caso *Toga Manufacturing*, en el que el tribunal de la insolvencia de los Estados Unidos denegó una medida cautelar a la empresa deudora canadiense que la solicitaba, por razón de que el crédito de una empresa de los Estados Unidos, que gozaría de prelación con arreglo al régimen de la insolvencia de los Estados Unidos, sería tratado en el procedimiento canadiense como un crédito ordinario[108].

98. Cuando la ley del foro no haya previsto reglas de conflictos de leyes claras, cabe que el acuerdo transfronterizo trate de evitar determinaciones conflictivas de la ley aplicable, indicando cuál será la ley aplicable respecto de determinadas cuestiones. Muchos acuerdos indican cuál será la ley aplicable a cuestiones como la del trato otorgable a los créditos, o como las de las garantías reales y el ejercicio del derecho de compensación, la impugnabilidad de ciertas operaciones, la utilización y la enajenación de los bienes, la distribución del producto reportado por la venta de los bienes del deudor, y otras cuestiones[109]. Se siguen diversos criterios para la determinación de la ley aplicable a esas cuestiones. Conforme a uno de ellos se declara aplicable la ley del foro, salvo que la cortesía judicial internacional abogue en favor de aplicar alguna otra ley. En algunos acuerdos se estipula que el foro competente deberá decidir estas cuestiones conforme a sus propias reglas en materia de conflicto de leyes o con arreglo a la ley aplicable a la obligación pertinente. Los acuerdos a veces estipulan que la ley aplicable, para la determinación de la impugnabilidad de ciertas operaciones, será la del Estado en cuyo territorio estén domiciliadas las empresas destinatarias de los bienes transferidos o la ley designada por las reglas sobre conflictos de leyes de la ley del foro de los acreedores[110].

99. Otra posibilidad sería la de que si no resulta fácil determinar la ley aplicable a la operación pertinente o si dicha ley es la de un Estado que no sea parte en el acuerdo, se aplicarán las reglas sobre conflictos de leyes de uno de los Estados interesados para determinar cuál será el foro competente para conocer del asunto controvertido. Otro enfoque consistiría en estipular que serán aplicables las reglas sobre conflictos de leyes de un tercer Estado cuando la aplicación de las correspondientes reglas de los Estados interesados en la insolvencia dé lugar a un resultado conflictivo[111].

100. Las partes en el acuerdo podrán también convenir en cómo se resolverán ciertas cuestiones cuya solución difiera según que se declare aplicable la ley de uno u otro país. En un caso coordinado sin un acuerdo transfronterizo escrito entre procedimientos abiertos en los Países Bajos y los Estados Unidos, las partes convinieron en que cierto contrato engorroso al que sería aplicable la ley de un tercer Estado sería rechazado con arreglo al derecho interno de los Estados Unidos. Las partes convinieron asimismo en que los efectos de tal rechazo fueran dirimidos en un arbitraje que se celebraría en los Países Bajos con arreglo al derecho interno del

---

[108] Véase el caso *Toga Manufacturing Ltd., 28 B.R. 165 (E.D.Mich. 1983)*.

[109] El *Concordat* remite la determinación del valor y la admisibilidad de los créditos, así como la de ciertas categorías de garantías, a la ley del foro ante el cual se hayan presentado, a la luz de un análisis basado en las reglas aplicables en materia de conflictos de leyes (principio 8A).

[110] Véanse, por ejemplo, los casos *ABTC*, artículo 8/sección 8.01, y *Everfresh*, párrafo 9.

[111] Véase, por ejemplo, el caso *Peregrine*, párrafo 9.

tercer Estado[112]. Respecto del trato otorgable a los créditos, las partes convinieron además en que no se aplicara la ley de los Estados Unidos y no subordinar ciertos créditos, equiparando su prelación a la de los accionistas, por estimarse que ello sería incompatible con el régimen de la insolvencia de los Países Bajos[113].

101. Conforme ya se ha observado (véase el párrafo 22 *supra*), las partes podrán concertar varios acuerdos en el curso del procedimiento de insolvencia. De obrarse así, cabría estipular en un acuerdo preliminar que las partes intentarán negociar un acuerdo subsiguiente que regule, por ejemplo, el trato otorgable a los créditos en el que se determine la ley aplicable a los créditos presentados por cada deudor y sus respectivos acreedores en el otro procedimiento[114].

Cláusulas modelo

Prelación entre los procedimientos

A reserva de lo estipulado en el presente acuerdo, el procedimiento abierto del Estado A será el procedimiento principal. Ahora bien, por razones prácticas, dado que el negocio de la empresa está centrado y siempre lo estuvo en el Estado B, la liquidación de la sociedad se llevará a cabo del Estado B y a partir de dicho Estado.

Paralización de las actuaciones

Variante A

1) El tribunal del Estado A reconocerá la validez de toda paralización de los procedimientos individuales abiertos y de las acciones entabladas contra el deudor y su patrimonio que sea ordenada del Estado B con arreglo al régimen de la insolvencia de dicho Estado. Al aplicar lo estipulado en el presente párrafo, el tribunal del Estado A podrá consultar con el tribunal del Estado B acerca de a) la interpretación y el curso a dar a la paralización ordenada del Estado B y acerca de toda orden de dicho tribunal por la que se modifique o conceda alguna exención de la paralización decretada, y b) acerca del curso que deba darse en el Estado A a la paralización ordenada del Estado B.

[*Repítanse las cláusulas refiriéndolas al Estado B.*]

2) Nada de lo estipulado en el presente acuerdo restará legitimidad a los deudores o demás partes interesadas para hacer valer o impugnar la paralización ordenada del Estado A o del Estado B respecto de algún litigio en curso o de alguna actuación relativa a algún bien, operación u otro asunto, dondequiera que se esté celebrando.

3) Nada de lo dispuesto en el presente acuerdo menoscabará o limitará la facultad de que goce uno u otro tribunal: a) para decretar que toda paralización ordenada respecto de las partes en el procedimiento del que esté conociendo no será aplicable a una solicitud que alguna de dichas partes presente ante el otro tribunal, o b) para otorgar una exención a dichas partes para presentar ante el otro tribunal una solicitud con arreglo a las condiciones que se estimen oportunas al otorgarse la exención.

[112] Véase el caso *United Pan Europe*.
[113] *Ibid*., la ley que se declaró no aplicable era la sección 510 b) del *United States Bankruptcy Code*.
[114] Véanse, por ejemplo, los casos *Calpine*, párrafo 19, y *Quebecor*, párrafo 18.

Variante B

En aras de una administración ordenada y eficiente del procedimiento de insolvencia y a fin de proteger las masas deudoras en provecho de los acreedores y demás interesados, las partes se comprometen a:

a) Solicitar ante el foro del Estado B, a instancia del representante de la insolvencia del Estado A y en la medida en que lo permita la ley de dicho foro, que reconozca o preste asistencia judicial al procedimiento que se esté siguiendo del Estado A y que reconozca y dé curso del Estado B a la paralización ordenada del Estado A, o que otorgue medidas cautelares equivalentes;

b) [*Repítase la cláusula a) refiriéndola al foro del Estado A.*]

Ley aplicable

1) El foro que haya de pronunciar la sentencia será el que determine el valor, la admisibilidad y la prelación de los créditos presentados valiéndose para ello de un análisis efectuado atendiendo a las reglas sobre conflictos de leyes aplicables en dicho foro.

2) El régimen de la insolvencia del Estado A será el derecho sustantivo que rija todas las transferencias hechas en beneficio o a cargo de las entidades sitas en el Estado A. [*Repítase la cláusula refiriéndola al Estado B.*]

5. Reparto de los cometidos o tareas entre las partes en un acuerdo

102. La cooperación será particularmente necesaria en todo ámbito en que se prevean conflictos. Todo acuerdo por el que se delimiten las funciones asignadas a cada parte o por el que se pacte, al menos, cierta medida de cooperación en esos ámbitos, ayudará, sin duda, a evitar conflictos. Por consiguiente, los acuerdos delimitan a menudo los cometidos de cada parte, en las actuaciones abiertas, respecto de ciertas cuestiones, entre las que cabe citar: la supervisión del deudor; los planes de reorganización; el trato otorgable a los bienes; la legitimidad para entablar acciones; el trato otorgable a los créditos, así como la verificación de los créditos y la notificación a los acreedores; y la financiación de la empresa deudora posterior a la apertura de un procedimiento. Ahora bien, en la medida en que un acuerdo pueda afectar a la competencia de un foro competente o a su intervención en el procedimiento o a las medidas que pueda adoptar dicho foro, el acuerdo no será válido sin que el tribunal le haya dado su aprobación.

103. En algunos Estados, el representante de la insolvencia estará facultado para encomendar, si se estima oportuno, ciertas tareas a un representante de la insolvencia extranjero, pero supervisando la labor al respecto del otro representante, a fin de cumplir con los deberes asignados a su propio cargo. Los representantes de la insolvencia tal vez puedan asimismo contraer ciertos compromisos con miras a coordinar su labor con la de los foros competentes o la de otras partes interesadas. Por ejemplo, en un caso que se tramitó sin acuerdo escrito, el representante de la insolvencia entregó al tribunal del otro Estado una carta confirmando que no se

efectuaría acto de disposición alguno de bienes o fondos de la masa hasta que dicho tribunal no diera su aprobación, caso de requerirse tal aprobación[115].

a) Medios generales de cooperación

104. Algunos acuerdos no se ocupan del reparto de los cometidos y tareas entre las diversas partes interesadas y los tribunales, sino que enuncian un pacto general de cooperación que se asemeja a una declaración de la buena fe con la que se obrará, dejándose que sean las partes las que determinen la manera en que se logrará la cooperación[116].

105. Cabe citar, a este respecto, cláusulas por las que se estipula que las partes, es decir, algunas o todas las empresas deudoras, las juntas de acreedores y los representantes de la insolvencia, según sea el caso, concertarán toda medida razonable para dar curso a toda medida decretada por los foros competentes, y con miras a coordinar la administración de los procedimientos en provecho de las respectivas masas de la insolvencia y de todos los interesados[117]; deberá velarse por la coherencia de todas las medidas adoptadas en los distintos procedimientos de insolvencia; y deberá organizarse la administración de los procedimientos al servicio de la eficiencia y de la economía de las actuaciones, procurando coordinar la labor de los representantes de la insolvencia y centrando la atención en las cuestiones que habrán de ser resueltas por los tribunales y en toda cuestión procesal importante.

106. Cabría que el acuerdo entrara más en detalle acerca de los medios para lograr la cooperación, como pudiera ser pactando una administración conjunta de los procedimientos, poniéndose de acuerdo los representantes de la insolvencia acerca de la manera de coordinar sus actividades, sin menoscabo de la responsabilidad inherente a cada uno con arreglo a la ley de su foro respectivo. Cabría estipular que: a) cada representante controle la administración de toda filial de la empresa deudora en el territorio de su propio Estado, recabando la asistencia del otro representante siempre que sea necesario; b) todo representante podrá actuar sin el consentimiento previo del otro y sin dar aviso previo, salvo en aquellos asuntos en los que se haya de dar aviso a toda parte interesada con arreglo a la ley por la que se rija el procedimiento que se esté siguiendo; o c) todo representante de la insolvencia deberá esforzarse, de buena fe, por obtener el consentimiento del otro antes de adoptar ciertas medidas, como, por ejemplo, para consentir en la consolidación patrimonial de una empresa deudora con otra empresa o adoptar cualquier medida que pueda repercutir adversamente sobre la empresa deudora o sobre algún otro

---

[115] Véase el caso *United Pan Europe*.

[116] Véanse, por ejemplo, los casos *Philip*, párrafos 11 a 13, y *Systech*, párrafos 11 a 13.

[117] Véanse por ejemplo, los casos *Loewen*, párrafo 3.1, y *Laidlaw*, párrafo 10; el *Concordat* adopta un enfoque similar al disponer que en los casos en los que se hayan declarado plenamente competentes dos o más foros, sin que se nombre un foro principal, cada foro deberá coordinar sus actuaciones con los demás, concertando, si procede, un protocolo al efecto (principio 4A). Las *CoCo Guidelines* recomiendan la cooperación entre los representantes de la insolvencia, dando ciertas directrices al respecto (directriz 12.1-4) y recomendando asimismo que se designe al representante del procedimiento principal o a su agente como representante auxiliar en todo procedimiento no principal a fin de coordinar las distintas actuaciones bajo supervisión judicial (directriz 16.3).

miembro del grupo[118]. Cabría asimismo estipular la vía a seguir para obtener dicha cooperación, convocando, por ejemplo, una reunión inicial en la que los representantes de la insolvencia examinaran las medidas ya adoptadas respecto de la masa de la insolvencia y prepararan un plan de trabajo, y reuniéndose luego con regularidad. Cabría fijar además el calendario para dichas reuniones, precisándose cómo se celebrarían (por ejemplo, directamente o por teléfono)[119]. Cabría cooperar de diversos modos conviniendo en aprovechar la documentación de un procedimiento para otro [120] o en que los representantes de la insolvencia colaboraran entre sí, ejerciendo, a título de gestores, las facultades y funciones de un deudor en posesión del negocio en el marco del procedimiento de la insolvencia abierto en el otro foro[121].

b) Supervisión de la empresa deudora

107. Cabría determinar en el acuerdo la medida en que la empresa deudora seguirá dirigiendo su propio negocio, estipulando lo que el personal de gestión de la empresa podrá o no hacer sin consultar con los representantes de la insolvencia o sin obtener su consentimiento. Cabría, por ejemplo, exigir su consentimiento previo para la utilización o la disposición de los bienes y la consulta previa para entablar alguna actuación judicial, para la contratación o el despido de empleados, salvo en el curso normal del negocio, y para tratar con alguna organización sindical, salvo en el curso normal del negocio[122].

c) Planes de reorganización

108. De abrirse un procedimiento de reorganización respecto de una empresa deudora en diversos países o respecto de varias empresas de un grupo ubicadas en distintos Estados, cabe preguntarse si será posible reorganizar dichas empresas de manera coordinada y tal vez con arreglo a un plan similar que permita obtener ahorros en cada uno de los procedimientos, resolver coordinadamente las dificultades financieras de las empresas y maximizar el valor disponible para los acreedores. Los regímenes de la insolvencia de algunos países permiten la preparación de tal plan, mientras que con arreglo a otros el plan solamente será posible si se consigue coordinar previamente los diversos procedimientos. Es por ello frecuente que los acuerdos transfronterizos aborden esta cuestión previéndose en muchos de ellos que se preparen y presenten, a cada uno de los foros competentes, planes de reorganización muy similares[123]. Cabría preparar planes similares, sin necesidad de un acuerdo escrito, si las partes se empeñan de consuno en preparar planes que puedan ser aprobados y confirmados por cada foro con arreglo al derecho interno de cada uno de ellos. Cabría también hacerlo actuando en el marco de la obligación que incumbe a cada representante de la insolvencia de maximizar el valor de la masa y de actuar al servicio de los intereses de la empresa deudora.

---

[118] Véase, por ejemplo, el caso *AIOC*, part. III. B.
[119] Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*, párrafos 1 a 6.
[120] Véase, por ejemplo, el caso *GBFE*, párrafos 10.1-2.
[121] Véase, por ejemplo, el caso *Commodore*, párrafo F.
[122] Véase, por ejemplo, el caso *Federal-Mogul*, párrafo 3.4 b) ii).
[123] Véase, por ejemplo, el caso *Solv-Ex*, párrafo 8; las *CoCo Guidelines* insisten también en que los representantes de la insolvencia cooperen con miras a la reorganización de las empresas o a su venta como negocio en marcha, siempre que sea posible (directriz 14.1).

109. La preparación conjunta de los planes puede ser una respuesta adecuada a las inquietudes de los acreedores y de los tribunales, en todo país en donde el foro y los acreedores hayan de dar su aprobación al plan y puedan supervisar su puesta en práctica, dado que cabría coordinar la labor preparatoria de los planes con arreglo a un acuerdo transfronterizo. Ese acuerdo podría prever la preparación del plan o de los planes previstos, la clasificación y el trato otorgable a los acreedores[124], el procedimiento para la aprobación de los planes, ya sea por los tribunales o por votación, y la función que incumba a los tribunales (de haber alguna), particularmente en lo que respecta a la confirmación (si la exige el régimen de la insolvencia) de un plan aprobado por los acreedores y a su puesta en práctica[125]. Cabe también que se prevea que el plan, una vez aprobado por los acreedores y, caso de ser necesario, confirmado por el tribunal respectivo, sea vinculante para todo reclamante en un Estado donde el plan esté aprobado, independientemente de que dicho reclamante haya presentado su crédito en el procedimiento abierto en esos Estados o se haya sometido de algún otro modo a la jurisdicción del foro de dichos Estados[126].

110. Cuando el acuerdo no prevea la manera de proceder en la preparación del plan de reorganización, cabría que previera que todo plan deberá ser preparado con arreglo a la ley aplicable, por el deudor obrando en consulta con los representantes de la insolvencia o por mandato de los foros competentes. Un acuerdo transfronterizo que se ocupe de la coordinación en general, pero que no haya previsto la preparación de un plan de reorganización, puede, no obstante, facilitar la coordinación de tales planes. En el caso *360Networks*, el acuerdo no había previsto que se preparara un plan de reorganización, pero, en el curso de la reorganización emprendida conforme al plan, las partes convinieron en preparar dos planes muy similares y supeditaron la aprobación del uno a la del otro.

111. Al negociarse un plan de reorganización similar se plantea el importante problema de la igualdad del trato que ha de darse a los acreedores de cada procedimiento y la necesidad de que unos no sean perjudicados en provecho de otros. Por ejemplo, en el caso *Felixstowe Dock and Railway Co.*[127], la empresa deudora de los Estados Unidos trató de que los tribunales ingleses cooperaran en un plan de reorganización levantando las medidas cautelares impuestas sobre los bienes de la empresa deudora en Inglaterra a fin de evitar su venta o enajenación. Pese a que el tribunal de los Estados Unidos ofreció al tribunal inglés, como contrapartida de que se levantaran las medidas cautelares impuestas, que los créditos presentados ante los tribunales ingleses no serían desestimados por el tribunal de los Estados Unidos, el tribunal inglés desestimó el requerimiento del tribunal estadounidense, pues se estimó que los acreedores ingleses obtendrían un trato menos favorable en el marco del plan de reorganización que se iba a aplicar en los Estados Unidos.

112. Cabe adoptar diversos enfoques para la preparación y presentación del plan. Esta tarea podría encomendarse a la empresa o a las empresas deudoras, en supuestos en los que el régimen de la insolvencia haya previsto que el deudor pueda

---

[124] Véase, por ejemplo, el caso *Everfresh*, párrafo 13.
[125] Véase, por ejemplo, el caso *ABTC*, artículo 4/sección 4.01.
[126] Véase, por ejemplo, el caso *ABTC*, artículo 5/sección 5.04.
[127] *Felixstowe Dock and Railway Co. v. U.S. Lines Inc.*; [1989] Q.B. 360 (Queen′s Beach División, Commercial Court 1987) (Inglaterra).

seguir en posesión del negocio[128], o a los representantes de la insolvencia, tal vez en colaboración con la propia empresa deudora[129]. Cuando un plan vaya a ser preparado conjuntamente con el representante de la insolvencia, cabe adoptar diversos enfoques para coordinar la reorganización en los distintos Estados. Cabe, por ejemplo, que el personal gestor del negocio del deudor en cierto Estado esté en mejores condiciones para preparar el plan de reorganización para todas las empresas deudoras, siempre que lo haga en consulta con todos los representantes de la insolvencia[130]; o cabe que el plan sea preparado por el deudor con un único representante de la insolvencia[131], pero bajo la supervisión de los demás representantes, particularmente si el régimen de la insolvencia exige que todo representante de la insolvencia participe en la negociación del plan de reorganización, o le dé su visto bueno.

d) Trato otorgable a los bienes

113. La administración de la insolvencia obligará a menudo a seguir utilizando los bienes de la empresa deudora o a enajenarlos (tal vez a título de garantía) a fin de alcanzar la meta asignada al procedimiento. Cuando la insolvencia del deudor dé lugar a la apertura de procedimientos en más de un Estado, tal vez sea preciso coordinar la utilización y enajenación de los bienes del deudor para maximizar el valor de la masa en provecho de todos los acreedores. Cabría concertar un acuerdo transfronterizo que facilite esta coordinación determinando el método para la aprobación del plan, asignando tareas a las distintas partes interesadas[132] y fijando las condiciones para la utilización o enajenación de los bienes. Aun cuando la ley aplicable en cada caso será la que determine hasta qué punto podrá delimitarse el cometido asignado a cada tribunal o a cada representante de la insolvencia, a juzgar por la práctica seguida, cabrá adoptar diversos enfoques[133].

i) Supervisión judicial

114. Algunos acuerdos encomiendan a los tribunales la tarea de supervisar la utilización y enajenación de los bienes, encargándole ya sea al foro del Estado en donde los bienes estén sitos[134], o al foro del Estado donde la empresa deudora esté domiciliada, o asignando el ejercicio conjunto de dicho cometido a los diversos foros competentes para conocer de los procedimientos que se hayan abierto[135]. En algunos acuerdos el factor de la ubicación de los bienes se aplica únicamente a

---

128 Véase, por ejemplo, el caso *ABTC*, artículo 5/sección 5.01.

129 Véase, por ejemplo, el caso *Maxwell*, párrafo 3 iii).

130 Véase, por ejemplo, el caso *Federal-Mogul*, párrafo 3.2 a).

131 Véase, por ejemplo, el caso *Maxwell*, párrafo 3 iii).

132 Véase, por ejemplo, el caso *Swissair*, párrafos 4 y 5.

133 En casos en los que dos o más foros se declaran competentes, pero no se designa un foro principal, el *Concordat* encomienda a cada foro los bienes sitos en el territorio de su jurisdicción (principio 4B). Cuando se estén siguiendo procedimientos ante un foro principal y otro no principal, las *CoCo Guidelines* recomiendan que cada representante deberá tratar de enajenar los bienes [sitos en su jurisdicción] en cooperación con los demás representantes, con miras a maximizar el valor de la masa en su conjunto [directriz 13.1]. Si la ley lo exige, deberá recabarse la aprobación del foro competente para toda venta u otro acto destinado a maximizar el valor de los bienes [directriz 13.2].

134 Véase, por ejemplo, el caso *Everfresh*, párrafo 6.

135 Véase, por ejemplo, el caso *ABTC*, artículo 2, sección 2.01.

ciertos bienes como, por ejemplo, los inmuebles[136]. Cabe también que, en casos en los que la interdependencia administrativa y operativa de las empresas pertenecientes a un grupo sea muy notable, se supedite la venta de ciertos bienes a la aprobación conjunta de todos los foros, cualquiera que sea la ubicación de los bienes[137], si bien hay que procurar que esa medida no cause demoras innecesarias ni una reducción del valor de los bienes. A fin de facilitar la aprobación conjunta y el reparto del producto entre las diversas masas deudoras, algunos acuerdos han previsto la celebración de audiencias conjuntas[138]. La aprobación judicial tal vez sea únicamente exigible respecto de ciertas operaciones o respecto de sumas que excedan de cierto valor, estableciéndose, por ejemplo, una distinción entre las ventas según que se hagan o no en el curso normal del negocio de la empresa deudora, y exigiéndose tan solo la aprobación para estas últimas. Un acuerdo puede también estipular que ciertos tipos de operaciones no estarán sujetas a aprobación, como pudiera ser el acto de depositar fondos en una cuenta bancaria de la masa insolvente. Si bien en algunos acuerdos se estipula que la aprobación deberá darse para cada tipo de operación[139], cabe prever que los tribunales competentes emitan autorizaciones globales para todas las enajenaciones de bienes que exoneren a los representantes de la insolvencia de tener que recabar una aprobación para cada acto de disposición en particular[140].

ii) Supervisión a cargo de los representantes de la insolvencia

115. Cabría también autorizar expresamente al representante de la insolvencia a hacer uso de los bienes del deudor o para enajenarlos sin aprobación judicial, siempre que lo permita la ley aplicable, a fin de agilizar su labor. Esta autorización podría entrañar una solicitud de que el deudor enajene ciertos bienes. En algunos casos, tal vez proceda obligar al representante de la insolvencia a que recabe previamente el consentimiento de su homólogo extranjero para disponer de ciertos bienes, tal vez de acciones de la sociedad o incluso de intereses. A fin de que no suponga un obstáculo, cabría limitar dicha obligación al deber de consultar o recabar "honradamente" el consentimiento del otro representante. Cuando el deudor esté autorizado para administrar los bienes, por ejemplo, obrando a título de un deudor en posesión del negocio, tal vez deba exigirse la aprobación previa de los representantes para todo acto de venta o enajenación fuera del curso normal del negocio, pero no para actos de la administración ordinaria[141]. Incluso respecto de ventas o de enajenaciones que no requieran aprobación judicial, el tribunal podría supervisar dichos actos exigiendo que los representantes de la insolvencia presenten con regularidad un estado de su labor de gestión[142].

116. Entre las cuestiones que cabría prever en un acuerdo respecto de la utilización y venta de los bienes cabría citar: las modalidades de disposición; el tipo de cambio aplicable a las operaciones que hayan de ser computadas en distintas monedas[143]; la

---

136 Véase, por ejemplo, el caso *PSINet*, párrafo 10 ii).
137 Véase, por ejemplo, el caso *Tee-Comm*, párrafo 6.
138 Véanse, por ejemplo, los casos Livent, párrafo vi [6] y PSINet, párrafo 13.
139 Véase, por ejemplo, el caso *Solv-Ex*, párrafo 3.
140 Véase, por ejemplo, el caso *Inverworld*, párrafo 6.
141 Véase, por ejemplo, el caso *Federal-Mogul*, párrafo 3.4 a) i).
142 Véase, por ejemplo, el caso *Inverworld*, párrafos 6 y 11.
143 Véase, por ejemplo, el caso *AIOC*, párrafo G.

modalidad o el lugar de pago del producto de la venta[144]; y la utilización de las sumas pagadas, destinándolas, por ejemplo, a capital de explotación[145], a sufragar los gastos ya aprobados judicialmente[146] o el propio plan[147], o a ser repartidas entre los acreedores.

iii) Investigación de los bienes

117. La investigación y la búsqueda de los bienes del deudor suele ser un factor crucial para el éxito de un procedimiento de insolvencia, por lo que convendría coordinarlas en aras de su eficiencia y economía. Cabría, por ejemplo, encargar esta tarea a un solo representante o coordinar la labor de todos los representantes que intervengan en ella, obligándoles, por ejemplo, a informar o dar todo aviso que proceda de su labor respectiva. Cuando se encomiende la investigación a un único representante de la insolvencia, tal vez convenga que ese representante informe a sus homólogos en otros Estados acerca del curso de la investigación[148] y celebre consultas periódicas acerca de los avances y resultados de su labor, así como acerca del seguimiento que haya de dársele. El representante de la insolvencia también podría facilitar a su homólogo copias de toda solicitud que haya de presentarse ante los tribunales. Cuando la investigación se inicie en el momento de celebración del acuerdo transfronterizo, los acuerdos suelen conferir una responsabilidad continua a ese representante al respecto[149]. En otros casos se exige a los representantes que se reúnan para analizar todas las medidas adoptadas previamente y para elaborar un plan de trabajo mediante el cual se coordinen y regulen las medidas subsiguientes, como las de identificación, ubicación, recuperación, conservación y protección de los bienes del deudor[150].

e) Legitimidad para entablar actuaciones

118. En el curso de un procedimiento, cabe que se hayan de entablar ciertos tipos de actuaciones frente al deudor o frente a terceros, abriendo, por ejemplo, un procedimiento de insolvencia similar contra una filial del deudor (dondequiera que esté ubicada) que no sea aún objeto de un procedimiento de insolvencia, o abriendo un procedimiento paralelo por razón de la presencia en algún otro lugar de una sede social, de un negocio de la empresa, de una masa importante de bienes o de un domicilio social[151], así como entablando alguna acción frente a terceros con miras a impugnar ciertas operaciones o adoptando medidas para la presentación o verificación de los créditos. A fin de prevenir conflictos, el acuerdo podría legitimar a uno u otro de los representantes para iniciar tales actuaciones, a reserva tal vez de que obtenga por escrito el consentimiento previo del otro representante de la insolvencia[152].

119. La legitimación, por vía del acuerdo, de un representante de la insolvencia para solicitar la apertura de algún nuevo procedimiento puede ser importante para

---

144 Véase, por ejemplo, el caso *AIOC*, párrafo G.
145 Véase, por ejemplo, el caso *Livent*, párrafo 13.
146 Véase, por ejemplo, el caso *Inverworld*, párrafo 19.
147 Véase, por ejemplo, el caso *Everfresh*, párrafo 10.
148 Véanse, por ejemplo, los casos *Maxwell,* párrafo 4, y *Nakash*, párrafo 18.
149 Véanse, por ejemplo, los casos *GFBE,* párrafo 4.1 c), y *Nakash*, párrafo 7.
150 Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*, párrafo 2.
151 Véase, por ejemplo, el caso *Commodore*, párrafo L.
152 Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*, párrafo 5.

suplir al régimen de la insolvencia que, en muchos países, no habilita al representante para este tipo de actuaciones o no regula su legitimidad procesal para iniciarlas. El artículo 11 de la Ley Modelo tiene por objeto habilitar al representante extranjero para solicitar, a raíz del reconocimiento de su procedimiento ya sea principal o no principal, la apertura de un procedimiento de la insolvencia en el Estado autor del reconocimiento, siempre que se cumplan los requisitos por lo demás exigibles para la apertura de un procedimiento; la Ley Modelo no modifica los requisitos del derecho interno para el reconocimiento de tal procedimiento. De igual modo, el artículo 23 legitima, a raíz del reconocimiento de un procedimiento extranjero, al representante extranjero para ejercitar toda acción de impugnación regulada en el Estado que haya dado su reconocimiento. En países donde no se haya promulgado el régimen de la Ley Modelo puede, no obstante, ser dudoso que un representante extranjero esté legitimado para ejercitar dichas acciones, por lo que asignar ese cometido, en un acuerdo transfronterizo, al otro representante de la insolvencia podría facilitar la apertura de las actuaciones. Un acuerdo puede también estipular ciertas cuestiones de índole procesal, como el plazo para la presentación de ciertos documentos o informes y los avisos que habrán de darse con arreglo a la ley aplicable.

f) Trato otorgable a los créditos

120. Los créditos presentados por los acreedores, en el curso del procedimiento, determinarán diversas cuestiones, desde la legitimidad del acreedor para votar y el alcance de su voto hasta el monto de su reembolso. Por consiguiente, los trámites para presentar un crédito y para verificar si es admisible y dictaminar que lo es son un factor esencial del procedimiento de insolvencia. Cuando las actuaciones abiertas sean transfronterizas, tal vez convenga concertar y coordinar en un acuerdo el lugar y el plazo para la presentación de los créditos, indicándose el órgano legitimado y la autoridad y el procedimiento a seguir para su verificación y admisión, así como todo aviso que haya de darse de los créditos presentados y el reconocimiento recíproco de los que sean admitidos en uno y otro procedimiento. Lo pactado en dicho acuerdo habrá o no de ser aprobado por los tribunales, según cual sea la función que competa al tribunal en la verificación y admisión de los créditos en virtud del régimen de la insolvencia pertinente. Cabría negociar en el acuerdo ciertos pormenores de la tramitación de los créditos al iniciarse el procedimiento o pactarse que el trato otorgable a ciertos créditos será abordado ulteriormente en un protocolo que especifique los plazos, el proceso, la ley aplicable y el foro competente para conocer de los créditos[153].

121. Si bien lo normal es que la coordinación del trato otorgable a los créditos sea objeto de un acuerdo escrito, en algunas circunstancias cabe lograr esa coordinación sin necesidad de tal acuerdo. En un caso entre los Estados Unidos y los Países Bajos, el deudor en posesión del negocio y los profesionales de la insolvencia cooperaron, sin necesidad de un acuerdo escrito, para coordinar ciertos trámites con el respeto debido a la ley aplicable en uno y otro Estado.

122. Los acuerdos pueden también dilucidar ciertas cuestiones de prelación o de subordinación de créditos. Por ejemplo, en un caso las partes convinieron en no relegar ciertos créditos al nivel de los créditos por concepto de capital social, lo cual

[153] Véanse, por ejemplo, los casos *Calpine*, párrafo 19 y *Quebecor*, párrafo 18.

habría sido posible en virtud de la ley del foro de uno de los Estados, pero habría ido en contra de la ley del otro Estado.

i) Presentación de los créditos

123. El acuerdo puede determinar cuál será el procedimiento en el que habrán de presentarse los créditos y resolver la cuestión suscitada por todo crédito que se presente en más de un procedimiento para determinar cuál será el foro que deberá verificar si debe o no ser admitido. Cabría prever que los créditos presentados en uno de los procedimientos sean tenidos por debidamente presentados en el otro, donde se procederá a su verificación y a su admisión o rechazo, o cabría prever que un crédito presentado en uno de los procedimientos sea tenido por sucesivamente presentado en los dos, cuando sea el segundo el que deba verificarlo y admitirlo o rechazarlo. Cabría también que el acuerdo precisara que la presentación de un crédito es un requisito para ejercitar el voto acerca de un plan de reorganización o de cualquier otra propuesta y para participar en un reparto[154].

ii) Verificación y admisión de los créditos

124. La verificación y admisión de los créditos se lleva a cabo de diversos modos y puede correr a cargo del foro competente, del representante de la insolvencia y, en algunos casos, del propio deudor. Como ya se ha indicado, el acuerdo puede haber previsto el procedimiento que se habrá de seguir para la verificación y admisión de los créditos y para el reparto de ciertas tareas entre los tribunales o los representantes de la insolvencia[155]. Por ejemplo, cabe prever en el acuerdo que las partes se pongan de acuerdo para determinar el procedimiento a seguir[156] o cuál será la ley aplicable respecto del trato otorgable a los créditos.

125. Cuando el tribunal se encargue de este trámite, las partes podrán estipular que uno solo de los foros se encargará de verificar la admisibilidad o no de todos los créditos que se presenten[157] y de dictaminar al respecto, o que cada tribunal se encargará de verificar y dictaminar acerca de la admisibilidad de los créditos presentados en el procedimiento que dicho tribunal haya abierto[158]. Cuando uno solo de los tribunales sea el encargado de dictaminar acerca de los créditos, ese tribunal suele ser el foro del Estado donde el deudor esté ubicado, salvo que la cortesía judicial o las circunstancias del caso aconsejen otra solución[159].

126. Cuando el acuerdo disponga que el foro de un solo Estado se encargará de verificar la admisibilidad de los créditos y de dictaminar al respecto, tal acuerdo tal vez haya de ser reconocido por los demás foros competentes y ser aceptado por el deudor. Cabe también que, cuando diversos foros hayan de intervenir en la determinación de la admisibilidad de los créditos, el acuerdo prevea que cada

---

154 Véase, por ejemplo, el caso *ABTC*, artículo 4, sección 4.01.

155 Por ejemplo, el *Concordat* enuncia los principios rectores para la presentación de créditos respecto de insolvencias donde se haya designado un foro principal y respecto de insolvencias donde exista más de un foro que se haya declarado plenamente competente, sin que se haya designado un foro principal (principios 2 y 4).

156 Véase, por ejemplo, el caso *Inverworld*, párrafo 4.

157 Véase, por ejemplo, el caso *ABTC*, artículo 4/sección 4.01.

158 Véase, por ejemplo, el caso *Commodore*, párrafo G.

159 Véase, por ejemplo, el caso *PSINet*, párrafo 10.

tribunal sea el que examine los créditos presentados en su procedimiento y que su dictamen al respecto será reconocido y aplicado por los demás foros, en la medida en que lo permita la ley aplicable en cada caso[160]. Si ciertos trámites son necesarios para obtener ese reconocimiento, cabría que el acuerdo los encomiende al propio deudor o al representante de la insolvencia[161]. Obligar a los representantes de la insolvencia a intercambiar periódicamente sus listas de créditos presentados en cada procedimiento podría facilitar la coordinación de su tramitación[162]. Cuando el derecho interno aplicable exija que los acreedores se personen en la verificación de sus créditos, cabría que el acuerdo buscara un remedio para soslayar las dificultades y los gastos que esto suponga para los acreedores extranjeros, impidiéndoles incluso que acudan en defensa de sus créditos, cuando estos recaigan sobre sumas relativamente bajas.

127. Cabe que el acuerdo prevea que el foro competente será el que determine el valor, la admisibilidad y la prelación de los créditos, en función de lo que dispongan las reglas sobre conflictos de leyes aplicables en dicho foro o de conformidad con la ley aplicable al crédito pertinente[163]. Cabe también que el acuerdo prevea la tramitación de las objeciones presentadas a los créditos, permitiendo, por ejemplo, que se diriman por separado en cada procedimiento[164].

128. Cabría prever otra opción consistente en que la verificación y admisión de los créditos corra a cargo del representante de la insolvencia, especificándose el procedimiento que se habrá de seguir. En un acuerdo se previó, por ejemplo, que los representantes de la insolvencia de múltiples procedimientos, abiertos en distintos Estados de la Unión Europea, determinaran por separado la cuantía y la admisibilidad de los créditos presentados en sus respectivos procedimientos. Se preveía también que los representantes de los procedimientos no principales deberían presentar al representante del procedimiento principal una lista de los créditos admitidos en sus procedimientos. La verificación se debería efectuar por separado de conformidad con el derecho interno de cada Estado y con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento (CE)[165].

129. La determinación del trato otorgable a ciertos créditos, como por ejemplo los créditos ordinarios, podrá ser encomendada, en algunos casos, a la parte interesada, por ejemplo, al deudor en posesión del negocio, a reserva de que obre en consulta con los representantes de la insolvencia[166].

130. El acuerdo podrá también prever el trato otorgable a los créditos en un procedimiento de reorganización, pero con anterioridad a la aprobación y puesta en práctica del plan. En un acuerdo se encomendó dicho cometido, durante dicho período, a los representantes de la insolvencia, que deberían, no obstante, consultar con el deudor acerca de la validez y cuantía de los créditos y acerca de si procedía pagarlos o saldarlos de algún otro modo[167].

---

[160] Véase, por ejemplo, el caso *PSINet*, párrafo 11.
[161] Véase, por ejemplo, el caso *ABTC*, artículo 4/sección 4.02.
[162] Véase, por ejemplo, el caso *AIOC*, parte II, C.
[163] Véanse, por ejemplo, los casos *Everfresh*, párrafo 8, y *ABTC*, artículo 4/sección 4.01 b).
[164] Véase, por ejemplo, el caso *Everfresh*, párrafo 8.
[165] Véase, por ejemplo, el caso *SENDO*, part I-3.1.
[166] Véase, por ejemplo, el caso *Everfresh*, párrafo 11.
[167] Véase, por ejemplo, el caso *Federal-Mogul*, párrafo 3.6 a).

131. Otra cuestión que cabría resolver en un acuerdo es cuál será el tribunal ante el que deba apelarse el rechazo de algún crédito. Para facilitar la coordinación en aras de la transparencia y la previsibilidad, el acuerdo puede haber señalado ciertas formalidades para la verificación y la admisión de los créditos respecto de asuntos como i) la prueba del crédito presentado, y ii) el aviso de su rechazo[168].

iii) Reparto entre los acreedores

132. Cuando los acreedores estén habilitados para presentar sus créditos en más de un procedimiento, convendría que se coordinen los procedimientos para evitar una situación en la que un acreedor pueda obtener un trato más favorable que otros acreedores de su misma categoría al obtener un pago por el mismo crédito en más de un procedimiento. El artículo 32 de la Ley Modelo enuncia una regla para resolver esta situación (denominada en ocasiones la regla de la *equidad proporcional-hotchpot rule*).

133. Algunos acuerdos contienen una cláusula general, referente al reparto de la masa deudora, a tenor de la cual deberá realizarse el valor máximo de la masa en provecho de todos los acreedores garantizados, privilegiados y ordinarios, que no sean miembros o empresas del mismo grupo, repartiéndose el producto neto de la venta con arreglo al orden de prelación establecido por el derecho interno de uno solo de los foros. Algunos otros acuerdos contienen una cláusula general por la que se previene contra el pago por partida doble, en procedimientos paralelos, a un acreedor que haya presentado su crédito en ambos procedimientos. En otros acuerdos se señalan métodos para evitar que se produzca dicho pago, sugiriéndose, por ejemplo, el intercambio de información entre los representantes de la insolvencia en forma de listas de los repartos programados o, de haberse efectuado ya el reparto, listas de los acreedores beneficiarios del reparto[169]. Cabría también prever que el acreedor sea reembolsado como si hubiera presentado un crédito único en uno u otro procedimiento, pero limitando la suma recuperable con cargo a la masa deudora en función de una tasa calculada con arreglo al límite autorizado por el derecho interno de los dos foros competentes[170].

134. Cabe que el acuerdo prevea también las modalidades del reparto, indicando, por ejemplo, la moneda en que se efectuará el pago[171], quién abonará la cuota asignada a cada acreedor, pudiéndose prever que cada representante de la insolvencia se hará cargo del reparto en el procedimiento para el que fue nombrado[172]; y cuáles serán los acreedores beneficiarios.

g) Financiación posterior a la apertura de un procedimiento

135. Mantener el negocio del deudor en marcha tras la apertura de un procedimiento de insolvencia será un factor decisivo si se opta por la reorganización de la empresa, y puede serlo también en un procedimiento de liquidación, si se desea vender el negocio en marcha. Para mantener su negocio en marcha, el deudor necesitará obtener fondos que le permitan pagar los suministros y servicios que sean

[168] Véase, por ejemplo, el caso *GBFE*, páginas 25 a 32.
[169] Véase, por ejemplo, el caso *SENDO*, part II-2.
[170] Véase, por ejemplo, el caso *AIOC*, part II.D.
[171] Véanse, por ejemplo, los casos *Peregrine*, párrafo 11 B, y *GBFE*, párrafo 8.2.
[172] Véase, por ejemplo, el caso *GBFE*, párrafos 4.2 c) y 5.3 e).

necesarios para la marcha del negocio. Si el deudor no dispone de fondos para alimentar el flujo normal de tesorería de su empresa, deberá negociar con terceros para obtener dichos fondos[173]. Dado que muchos regímenes de la insolvencia restringen la aportación de nuevos fondos a una empresa deudora en casos de insolvencia o no autorizan que se otorguen las garantías preferentes requeridas para obtener financiación posterior a la apertura de un procedimiento, es sin duda aconsejable que, en un supuesto de insolvencia transfronteriza, se aborde esta cuestión en el marco de un acuerdo transfronterizo.

136. Ahora bien, muchos acuerdos no prevén las dificultades de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento. En cambio, la orden judicial por la que se aprueba el acuerdo transfronterizo contiene, a veces, una cláusula relativa a la financiación posterior a la apertura. Cabe que esa orden autorice a los solicitantes para recurrir a todas las vías de refinanciación de la empresa aún abiertas, y cabe que la orden apruebe y reconozca la financiación ya aprobada en otros procedimientos que estén abiertos en otras jurisdicciones[174]. En uno de estos acuerdos se pactó que el representante de la insolvencia encargado de mantener el negocio en marcha habría de recabar el consentimiento del otro representante y la aprobación del otro foro para obtener la financiación requerida, aun cuando la ley aplicable no lo exigiera[175]. Con tal pacto se deseaba conseguir que el representante del procedimiento paralelo abierto obrara en aras de maximizar el valor de la masa de la insolvencia, pero sin menoscabar los intereses de ninguno de los dos procedimientos abiertos. Cabrá también pactar en el acuerdo que la financiación otorgada con posterioridad a la apertura de un procedimiento quedará únicamente sujeta a la competencia del foro en cuyo territorio jurisdiccional se negoció[176].

137. De modo similar, cabría que el acuerdo transfronterizo autorice explícitamente al representante de la insolvencia a tomar fondos prestados o a gravar bienes si se cumplen ciertas condiciones como pudiera ser el consentimiento de la junta de acreedores[177], o permitir que se destine el producto de ciertas operaciones comerciales, que no supongan la venta de casi todos los bienes de la masa, para financiar, por ejemplo, la explotación de la empresa[178] o alguna inversión necesaria, dejándose los detalles de la operación financiera al arbitrio del buen criterio del representante de la insolvencia[179].

---

[173] Véase la Guía Legislativa de la CNUDMI, segunda parte, II, párrafos 94 a 107, y las recomendaciones 63 a 68. Las *CoCo Guidelines* recomiendan que los representantes de la insolvencia cooperen entre sí para obtener toda financiación posterior a la apertura del procedimiento que sea necesaria, aun cuando se haya de otorgar una garantía real preferente a los prestamistas, en la medida en que ello resulte apropiado y lo permita la ley aplicable (directriz 14.2).

[174] Véase, por ejemplo, el caso *Systech*, párrafos 19 f) y 22.

[175] Véase, por ejemplo, el caso *Maxwell*, párrafo 2 iii) a v).

[176] Véase, por ejemplo, el caso *Mosaic*, párrafo 16.

[177] Véase, por ejemplo, el caso *Commodore.*

[178] Véase, por ejemplo, el caso *Livent*, párrafo 13.

[179] Véase, por ejemplo, el caso G*BFE*, párrafo 6.2 y 6.3 b).

Cláusulas modelo

Vías de cooperación en general

En aras de una administración eficiente del procedimiento de insolvencia, el deudor, la junta de acreedores y los representantes de la insolvencia deberán:

a) Cooperar entre sí respecto de toda actuación entablada ante los tribunales del Estado A y del Estado B, y

b) Adoptar toda otra medida apropiada para coordinar la administración de los procedimientos que se estén siguiendo en el Estado A y en el Estado B en provecho de la masa deudora en cada Estado y de las partes interesadas.

Supervisión del deudor

1) a) El deudor no deberá, sin el consentimiento del representante de la insolvencia del Estado A:

i) constituir alguna hipoteca o gravamen nuevo sobre algún bien de la masa;

ii) dar su conformidad a la validez o cuantía de algún crédito de un acreedor previo a la apertura del procedimiento o pagar o saldar dicho crédito con cargo a la masa deudora, salvo que esa medida esté prevista en un plan de reorganización ya aprobado con arreglo a la ley del Estado A;

iii) realizar ventas o compras entre empresas del grupo que no formen parte del curso normal del negocio de dichas empresas o que no sean conformes a la política de precios actual de la empresa deudora;

b) El deudor no deberá adoptar, sin consulta previa con el representante de la insolvencia del Estado A, medidas como las siguientes:

i) presentar ante el tribunal del Estado A, o distribuir entre los acreedores, o alguna de las categorías de acreedores, del deudor, algún plan de reorganización, con miras a obtener su aprobación;

ii) consultar con algún sindicato de trabajadores, salvo que esté obrando en el curso normal de su negocio; o

iii) contratar o despedir empleados, salvo que se haga en el curso normal del negocio, y el deudor deberá obrar a dicho respecto, en todo momento, con arreglo a la normativa de derecho interno aplicable en materia de empleo.

2) Sin el consentimiento previo de los representantes de la insolvencia de los Estados A y B, el deudor no deberá adquirir, vender ni enajenar ningún bien al margen del curso ordinario de sus negocios.

Planes de reorganización

1) En la medida en que sea practicable y lo permita la ley del foro respectivo, los representantes de la insolvencia de los Estados A y B deberán presentar ante sus respectivos foros planes de reorganización, que sean muy similares entre sí y que sean conformes al régimen de la insolvencia de esos foros. Los representantes de la insolvencia de los Estados A y B deberán coordinar en lo posible todas las

actuaciones teniendo en cuenta esos planes de reorganización, prestando particular atención a la convocatoria y desarrollo de toda votación requerida para aprobar los planes, al trato otorgable a los acreedores y a la clasificación de los créditos. En la medida en que no estén previstos en el presente acuerdo, tales trámites se desarrollarán con arreglo a la ley aplicable o a todo mandato emitido al respecto por el tribunal competente del Estado A o del Estado B.

2) Los representantes de la insolvencia de los Estados A y B adoptarán toda medida necesaria para coordinar la presentación simultánea de los planes de reorganización ante sus respectivos foros.

Trato otorgable a los bienes: supervisión judicial

1) Las operaciones relativas a los bienes sitos en el Estado A estarán únicamente sujetas a la aprobación del foro del Estado A. Las operaciones relativas a los bienes sitos en el Estado B estarán únicamente sujetas a la aprobación del foro del Estado B. Toda operación relativa a bienes sitos en uno y otro Estado estará sujeta a la competencia conjunta de ambos foros.

2) Las partes convienen en que el representante de la insolvencia del Estado A entablará todas las causas necesarias en otros Estados. Las partes convienen en que, de ser necesario, el representante de la insolvencia del Estado A incoará los procedimientos de insolvencia, pero siempre previo acuerdo entre ambos representantes de la insolvencia.

Investigación de los bienes

Variante A

1) Los bienes de la masa deudora deberán ser buscados e investigados dondequiera que puedan encontrarse. El representante de la insolvencia del Estado A ha iniciado ya dicha investigación que proseguirá, en aras de su continuidad, eficiencia y economía, de conformidad con lo pactado en el presente acuerdo. El representante de la insolvencia del Estado B, así como el deudor o toda otra parte interesada, estarán legitimados para solicitar ante uno u otro tribunal que se emita una orden por la que se autorice o se ordene al representante de la insolvencia del Estado B a llevar a cabo una investigación independiente.

2) En el curso de su investigación, el representante de la insolvencia del Estado A deberá dar aviso, en todo momento oportuno, al representante de la insolvencia del Estado B acerca de toda acción que desee entablar y deberá consultar de buena fe con el representante de la insolvencia del Estado B sobre la conveniencia de entablar dicha acción y de los motivos que pueda haber para hacerlo. Salvo que en las circunstancias del caso no resulte oportuno, el representante de la insolvencia del Estado A deberá presentar al representante de la insolvencia del Estado B el proyecto de toda acción que el representante nombrado del Estado A desee interponer ante uno u otro foro. El representante del Estado A no estará obligado a obtener el consentimiento del representante del Estado B para entablar dichas acciones, pero, en la medida en que el representante de la insolvencia del Estado B no esté de acuerdo con alguna acción interpuesta, deberá:

a) Exigirse que el representante de la insolvencia del Estado A informe al tribunal ante el que interponga dicha acción del desacuerdo expresado por el representante de la insolvencia del Estado B, y

b) Darse al representante de la insolvencia del Estado B una oportunidad razonable para comparecer y ser oído, o para obtener alguna medida cautelar, ante el foro competente.

3) El representante de la insolvencia del Estado A mantendrá en todo momento informado al representante de la insolvencia del Estado B acerca del curso de la investigación de los bienes de la masa deudora y deberá consultar periódicamente con el representante de la insolvencia del Estado B acerca de la marcha de la misma. Salvo indicación en contrario del representante de la insolvencia del Estado B o de alguno de los foros respecto de algún dato en particular, el representante de la insolvencia del Estado A comunicará prontamente al representante de la insolvencia del Estado B todo documento o toda información que haya obtenido en el curso de su investigación sobre los bienes del deudor.

Variante B

A reserva de lo dispuesto en el presente acuerdo y de las órdenes dictadas por los tribunales competentes, los representantes de la insolvencia estarán autorizados a coordinar entre sí:

a) La identificación, preservación, obtención y materialización de los bienes del deudor, inclusive la evaluación de los procedimientos para recuperar las transferencias anulables y percibir daños y perjuicios;

b) La investigación y los análisis que deban realizarse para determinar la situación financiera del deudor.

Variante C

La función de investigar los bienes del deudor situado en el Estado A corresponderá al representante de la insolvencia del Estado A de conformidad con la ley aplicable. [*Repítase la cláusula refiriéndola en consecuencia al Estado B.*]

Variante D

El representante de la insolvencia del Estado A podrá, sin el consentimiento previo del representante de la insolvencia del Estado B y sin notificar a este al respecto, llevar a cabo investigaciones sobre los bienes del deudor situados en el Estado A, siempre y cuando el representante de la insolvencia del Estado A facilite al representante de la insolvencia del Estado B, semanalmente o con la periodicidad que ambos acuerden, detalles sobre esas cuestiones. [*Repítase esta cláusula refiriéndola al Estado B.*]

Legitimidad para la apertura de un procedimiento

El representante de la insolvencia del Estado A se esforzará de buena fe por obtener el consentimiento del representante de la insolvencia del Estado B antes de:

a) Solicitar o dar su consentimiento a la apertura de un procedimiento de insolvencia (en los Estados A o B o en algún otro lugar) respecto del deudor del Estado A; y

b) Instar a la empresa deudora o a su filial del Estado A a declararse insolvente.

Presentación de los créditos y su verificación y admisión

Véase la cláusula modelo titulada: *Reparto de tareas entre los tribunales: trato otorgable a los créditos*.

Reparto entre los acreedores

Variante A

A fin de evitar el riesgo inherente a la pluralidad de los procedimientos, de pagar a un acreedor una cuota global superior a la que le corresponda, cada representante de la insolvencia estará obligado a enviar al otro representante:

a) El plan de reparto propuesto con arreglo al cual se determinarán las cuotas abonables. Los representantes de la insolvencia a los que se envíe dicho plan deberán responder al remitente en el plazo de […] días a partir de la fecha de recepción del plan. Todo retraso en dicha respuesta será tenido por la aceptación del plan propuesto;

b) A raíz de todo pago de cuotas abonables, la lista con los nombres y direcciones de los beneficiarios del reparto, así como la suma abonada y la naturaleza del crédito satisfecho.

Variante B

1) Sin perjuicio de los derechos de los titulares de créditos garantizados o de los derechos reales, un acreedor que haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en el Estado A conforme a la legislación de dicho Estado en materia de insolvencia no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en un procedimiento que se siga, respecto de ese mismo deudor, en el Estado B con arreglo a su legislación, en tanto que el dividendo percibido por los demás acreedores de la misma categoría sea proporcionalmente inferior al cobro ya percibido por el acreedor[180].

Financiación posterior a la apertura

El representante de la insolvencia del Estado A recabará, de buena fe, la aprobación previa del representante del Estado B para obtener fondos en préstamo o para gravar a dicho fin alguno de los bienes del deudor.

[180] Esta cláusula modelo se basa en el artículo 32 de la Ley Modelo, a la que se incorpora la regla de la equidad proporcional (*hotchpot rule*), que garantiza la equidad en el reparto de los fondos cuando un acreedor tenga un crédito válido en ambos procedimientos.

6. Intercambio de comunicaciones

138. Como ya se ha señalado, el intercambio de comunicaciones entre las partes que intervienen en los procedimientos de insolvencia transfronteriza suele ser considerado un factor esencial para disipar la incertidumbre de las partes en los casos de insolvencia transfronteriza que no suelen estar familiarizadas con la legislación aplicable en el otro Estado o con su aplicación. Por consiguiente, un objetivo común de los acuerdos transfronterizos suele ser el de prever vías de comunicación entre las partes. Donde se haya promulgado en el derecho interno el capítulo IV de la Ley Modelo, las reglas de sus artículos 25 a 27 facilitarán el marco legal requerido para las comunicaciones entre los tribunales, así como entre los representantes de la insolvencia y entre los tribunales y los representantes de la insolvencia. Cabría detallar en un acuerdo el contenido de la información intercambiable y las vías utilizables, así como el método y la frecuencia de los intercambios, los avisos que habrán de darse y la confidencialidad del intercambio. Donde no se haya promulgado la Ley Modelo, cabría que el acuerdo previera tanto el marco jurídico como los detalles funcionales del intercambio de comunicaciones. Formalizar las vías de comunicación en un acuerdo facilitará la coordinación global de los procedimientos abiertos, fomentará la confianza entre las partes, evitará controversias y obrará en aras de la transparencia[181].

139. Cabría concertar un pacto en materia de comunicaciones para resolver las cuestiones anteriormente indicadas conforme a las circunstancias del caso y con arreglo a la normativa procesal aplicada en cada lugar. Si bien muchos de estos pactos han obtenido aprobación judicial en varios casos, esa aprobación tal vez solo sea necesaria cuando el pacto se ocupe de las comunicaciones entre los tribunales; por lo general, un pacto sobre las comunicaciones entre los representantes de la insolvencia y los acreedores no necesitaría aprobación judicial. Tal pacto podría ser uno de varios pactos concertados en el curso de las actuaciones para facilitar la solución de diversas cuestiones, y podría ser el primer paso para esa solución. Esa comunicación directa resultó muy eficaz en un caso de insolvencia registrado entre los Estados Unidos y Alemania en el cual el representante de la insolvencia alemán compareció en una audiencia testificando por teléfono[182]. Cuando existan posibilidades de celebrar videoconferencias, el hecho de que las partes puedan "verse" puede contribuir también a la comprensión mutua.

---

[181] Las directrices *CoCo Guidelines* recomiendan que los tribunales se pongan en comunicación para coordinar y armonizar los distintos procedimientos abiertos (directriz 2), no solo entre sí sino con los representantes de la insolvencia extranjeros (directriz 4), y que cooperen directamente entre sí por medio de los representantes de la insolvencia o de toda persona u órgano que sea nombrado para actuar a instancia del tribunal (directriz 16.4). En ellas se aborda también la cuestión de la oportunidad, del método y de los medios de comunicación (directrices 6 y 7); véanse también las *Court-to-Court Guidelines*.

[182] Así ocurrió en el caso "Dana", *In re Petition of Dr. Eberhard Braun, in his Capacity as Insolvency Administrator for Fairchild Dornier GmbH*, United States Bankruptcy Court Western District of Texas, San Antonio Division, Caso Nº 02-52351-LMC (16 de julio de 2004).

a) Comunicación interjudicial

i) Comunicación directa

140. Conforme ya se ha indicado (parte II.B), la comunicación entre los foros competentes suele ser un factor esencial debido a la función supervisora que incumbe a los tribunales en un procedimiento de insolvencia y ayudará a evitar actuaciones contradictorias, demoras y costas indebidas, así como audiencias prolongadas y engorrosas, incoherencias en el trato de los acreedores, y pérdidas del valor de los bienes. La comunicación directa podrá facilitar además la resolución de todo problema que surja del trato distinto que pueda haber previsto la ley de cada foro para créditos de la misma categoría. Por ejemplo, en el caso *Stonington Partners*, en el que se abrieron procedimientos paralelos en los Estados Unidos y Bélgica, una cuestión fue la del rango otorgable a un crédito viciado por un fraude bursátil que le privaría de todo derecho a percibir una cuota con arreglo a la ley de los Estados Unidos, pero que con arreglo a la ley de Bélgica constituía un fraude tolerable que le permitiría figurar, caso de ser admitido, entre los créditos ordinarios. El tribunal de los Estados Unidos recomendó que se estableciera un diálogo o que se intentara[183]. Donde esté permitida por la ley aplicable, la comunicación interjudicial facilitará a cada foro un conocimiento directo de las actuaciones del otro. En un litigio contra una empresa deudora sita en los Estados Unidos abierto en las Antillas Neerlandesas, una llamada telefónica del juez de las Antillas Neerlandesas al de los Estados Unidos permitió rectificar un dato erróneo facilitado por las partes. En dicho caso, la comunicación directa entre los tribunales dio lugar a que el tribunal de los Estados Unidos emitiera, con el beneplácito del tribunal de las Antillas Neerlandesas, una orden de apertura de una mediación y nombrara a un mediador con el consentimiento de las partes[184]. En un litigio en el que intervenían un tribunal de los Estados Unidos y otro del Canadá, el foro canadiense recabó información del foro de los Estados Unidos para determinar si el representante de la insolvencia extranjero satisfacía los criterios de independencia requeridos para su reconocimiento como representante extranjero en el Canadá y para dictar ciertas órdenes en el Canadá[185].

141. En el caso *Cenargo*[186] respecto del cual se abrieron procedimientos de insolvencia en los Estados Unidos y el Reino Unido, se organizó la comunicación directa entre los foros competentes por medio de una conferencia telefónica organizada, con la participación de los abogados de las diversas partes, a raíz de que el foro de los Estados Unidos se pusiera en contacto con el foro inglés para resolver el problema surgido a raíz de que los tribunales dictaran órdenes conflictivas. En el curso de dicha conferencia, el magistrado inglés mencionó que la

---

[183] Véase *Stonington Partners, Inc. v. Lernout & Hauspie Speech Products N.V.*, 310 F.3d 118, 133 (3d Cir. 2002). Tal diálogo no se llevó a cabo en este caso, si bien las partes estudiaron las medidas de coordinación durante varias conferencias sobre el caso a raíz de las cuales se redactó una carta del abogado del deudor para que la firmara el juez de los Estados Unidos y que iba dirigida al tribunal de Bélgica con el fin de establecer líneas de comunicación entre ambos tribunales. Con esa carta se podría haber facilitado la concertación de un acuerdo transfronterizo entre ambos procedimientos. No obstante, el deudor retiró su solicitud de que se ordenara a Stonington que renunciara a sus reclamaciones en el caso belga, con lo cual la cuestión de la comunicación no llegó a materializarse; véase *Lernout & Hauspie Speech Products, N.V.*, 301 B.R. 651, 659 (Bankr. D. Del. 2003).

[184] Véase la nota 30 *supra*.

[185] Véase el caso *ABTC*.

[186] En la causa Cenargo Int'l, PLC, 294 B.R. 571 (Bankr. S.D.N.Y. 2003).

ley del foro no le permitía hablar directamente con los miembros de otro tribunal sin el consentimiento y la participación de las partes. Se dio a las partes la oportunidad de opinar al final de la conferencia telefónica y se distribuyeron por escrito sus comentarios a instancia del juez inglés. Las diversas salvaguardias que procede aplicar al entablarse una comunicación directa son examinadas en la parte II (véase el párrafo 8 *supra*) y más adelante (véanse los párrafos 185 a 188 *infra*).

142. La cláusula de un acuerdo transfronterizo que se dedique a la comunicación entre los tribunales podrá ocuparse de diversos aspectos de la misma. Por ejemplo, cabría facultar a los diversos foros para comunicarse entre ellos en general o respecto de cualquier cuestión relativa a la insolvencia[187] o para coordinar su labor y evitar que se emitan órdenes conflictivas[188]. En el acuerdo también cabría definir las cuestiones sobre las que los tribunales podrán ponerse en contacto y, en algunos casos, pedir asesoramiento del otro tribunal, por ejemplo, respecto de la aplicación de la ley del otro foro, acerca de cuestiones como la interpretación, la aplicación y la ejecutoriedad de la orden de paralización dictada por ese foro (véase el párrafo 91 *supra*)[189].

143. Cuando la comunicación directa entre los tribunales no sea posible, cabría que se comunicaran a través de los representantes de la insolvencia o de algún intermediario o por carta u otro escrito. Como ya se ha señalado, toda comunicación judicial directa transfronteriza estará sujeta al derecho interno y a la práctica judicial de cada país, que tal vez no sea favorable a tal comunicación (véase la parte II, párrafo 9 *supra*). El artículo 31 del Reglamento (CE) prevé la comunicación entre los representantes de la insolvencia, pero no dice nada de los tribunales. Algunos Estados miembros de la Unión Europea han desarrollado esa regla. La normativa interna de uno de estos países faculta tanto al tribunal como al representante de la insolvencia para facilitar a un representante extranjero toda la información que pueda necesitar para el procedimiento extranjero y exige que el foro o el representante de la insolvencia del procedimiento interno den al representante extranjero la oportunidad de formular propuestas acerca del trato otorgable a los bienes en el procedimiento interno[190].

144. En los casos *Maxwell*, *Nakash* y *Matlack* los tribunales se valieron de un intermediario para comunicarse entre sí (véase la parte II, párrafo 3 *supra*). Cabría pactar tanto la información que se intercambiará como la manera de hacerlo (véase la parte II, párrafo 6 *supra*). Cabría también incorporar al acuerdo directrices, como las *Court-to-Court Guidelines* para facilitar las comunicaciones (véase la parte II, párrafo 10 *supra*)[191] que se regirían por lo estipulado en el acuerdo transfronterizo respecto de la solución de controversias[192].

---

[187] Véanse, por ejemplo, los casos *Financial Asset Management*, párrafo 13, *Laidlaw*, párrafo 11 *b), Pioneer*, párrafo 12 b), y *Systech,* párrafo 12 b).

[188] Véase, por ejemplo, el caso *Nakash*, párrafo 4.

[189] Véase, por ejemplo, el caso *Calpine*, párrafos 28 y 29.

[190] § 239 I y II de la ley austríaca de la insolvencia (*Konkursordnung*).

[191] Véanse, por ejemplo, los casos *Matlack*, párrafo 11, y el cuadro I adjunto al protocolo; y *Progessive Moulded*, antes del párrafo 1, adjunto al protocolo como cuadro A.

[192] Véase, por ejemplo, el caso *Calpine*, párrafo 27.

ii) Audiencias conjuntas

145. Un medio para facilitar la coordinación de dos o más procedimientos consiste en celebrar vistas o conferencias conjuntas, siempre que proceda, para resolver toda cuestión conflictiva que surja. Esas audiencias o conferencias conjuntas tienen la ventaja de habilitar a los tribunales para intervenir directa y oportunamente en la solución de toda cuestión conflictiva y compleja que vaya surgiendo en dos o más procedimientos que se estén siguiendo. Dan asimismo a las partes interesadas en cada procedimiento la oportunidad de efectuar consultas y pedir respuestas o aclaraciones.

146. Algunos pactos dejan que sean los tribunales los que concierten toda visita o conferencia conjunta que haya de celebrarse, limitándose a indicar que podrán celebrarse respecto de todo asunto referente a la administración de un procedimiento, la resolución de alguna cuestión o la disposición de la masa, o sobre cualquier aspecto del procedimiento respecto del cual los tribunales estimen que sería aconsejable o necesario facilitar la coordinación entre los procedimientos que se estén siguiendo[193]. Cabría también prever audiencias conjuntas respecto de alguna cuestión bien definida, como la disposición de los bienes.

147. En algunos acuerdos se indican las reglas de procedimiento que habrán de observarse durante las actuaciones conjuntas o durante las conferencias. Algunos acuerdos adoptan procedimientos similares al de la directriz 9 de las *Court-to-Court Guidelines*, mientras que otros acuerdos incorporan por remisión el texto de dichas directrices.

148. Entre los procedimientos que cabría adoptar, cabe citar los siguientes[194]:

a) Establecer un enlace telefónico o por vídeo para que un tribunal pueda seguir el procedimiento que se esté llevando a cabo ante el otro[195];

b) Limitar la presentación de solicitudes o de documentos por cualquiera de las partes al tribunal ante el que dicha parte comparezca, salvo autorización explícita en contrario del otro tribunal. Algunos pactos prevén que al estar programada alguna audiencia conjunta procederá que por cortesía se faciliten al otro tribunal copias de las solicitudes o documentos que se hayan presentado ante cada tribunal, y que toda solicitud de que se otorgue una medida cautelar en uno y otro foro deberá ser presentada ante los dos[196];

c) Permitir que los jueces de los diversos foros que habrán de pronunciarse acerca de las solicitudes presentadas se comuniquen entre sí con anterioridad a la audiencia, estando o no presentes los abogados de las partes, para convenir en las directrices para una presentación ordenada de los documentos y para la emisión de toda decisión que hayan de pronunciar los tribunales, así como para resolver cualquier cuestión procesal o de otra índole que sea del caso[197]; y

d) Permitir que los jueces de los diversos foros que hayan de conocer de alguna solicitud presentada se comuniquen entre sí a raíz de la audiencia, estando o

---

[193] Véanse, por ejemplo, los casos *360Networks*, párrafo 12, y *Quebecor*, párrafo 10 d).
[194] Véanse, por ejemplo, los casos *Solv-Ex*, párrafo 5, e *Inverworld*, párrafo 26.
[195] Véase, por ejemplo, el caso *Livent*, párrafo vi [6] a).
[196] Véase, por ejemplo, el caso *Mosaic*, párrafo 11 c).
[197] Véase, por ejemplo, el caso *PSINet*, párrafo 13 iv).

no presentes los abogados de las partes, a fin de estudiar la posibilidad de emitir fallos compatibles en los dos procedimientos abiertos, concertando la motivación de esos pronunciamientos y toda otra cuestión procesal que sea del caso.

149. Cabe también que la actuación conjunta se organice en forma de un tribunal conjunto que presidirá las actuaciones conjuntas en la sede de uno u otro tribunal, siempre y cuando los acreedores y otras partes interesadas estén legitimadas para personarse y ser oídas tanto en la propia sala del juez que se haya desplazado a la sala del otro tribunal como en la sala del otro tribunal[198].

150. Cuando el acuerdo transfronterizo ha previsto disposiciones pertinentes, ya sea sobre la jurisdicción conjunta o autorizando audiencias conjuntas, tales audiencias conjuntas suelen desarrollarse sin dificultades, y cabe citar ejemplos de conferencias telefónicas para coordinar el desarrollo de las actuaciones y audiencias conjuntas celebradas por videoconferencia para examinar la venta de los bienes en el marco de los diversos procedimientos que se estén siguiendo[199].

b) Comunicación entre las partes

i) Intercambio de información entre los representantes de la insolvencia

151. Para la coordinación de las diversas actuaciones tal vez no baste la comunicación entablada entre los foros competentes sino que sea también importante la comunicación entre los representantes de la insolvencia, a fin de facilitar el intercambio de información entre ellos y la coordinación de la labor emprendida por cada representante en el cumplimiento de su cometido. Según se observa en la práctica, el intercambio de información suele efectuarse a raíz de acuerdos tanto verbales como escritos[200].

152. El acuerdo podrá tratar del intercambio de información como tema aparte o en el marco de la obligación general de cooperar[201]. Cabe que el acuerdo haya pormenorizado el procedimiento a seguir indicando, por ejemplo, que el intercambio se ha de hacer con regularidad, a través de informes mensuales preparados por los representantes de la insolvencia que deberán transmitirse a las partes indicadas[202], o que se celebrarán consultas en reuniones o conferencias trimestrales[203]. El acuerdo podrá indicar si las reuniones serán personales o se celebrarán, por ejemplo, por vía telefónica, y cuál será el procedimiento a seguir[204]. Entre esos procedimientos concretos cabe prever: la preparación conjunta de un plan de trabajo en el que se indiquen y se coordinen las medidas que habrán de adoptar los representantes de la insolvencia[205], como la de informarse mutuamente con regularidad acerca de sus actividades y de toda novedad respecto de la empresa deudora, o la de darse aviso de toda solicitud presentada ante el tribunal[206], enviándose, en algunos casos, el

---

198 Véase, por ejemplo, el caso *Livent*, párrafo vi) [6] a).
199 Véanse, por ejemplo, los casos *Everfresh* y *Systech.*
200 Véase, por ejemplo, el caso *United Pan Europe.*
201 Compárense los casos *360Networks*, párrafo 11, y *Loewen*, párrafo 10, con el caso *Manhatinv*, párrafos 2 a 12, en particular los párrafos 9 a 12.
202 Véase, por ejemplo, el caso *Commodore*, párrafo K.
203 Véase, por ejemplo, el caso *Peregrine*, párrafo 17.
204 Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*, párrafos 2 a 12.
205 Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*, párrafos 2 a 12.
206 Véase, por ejemplo, el caso *Nakash*, párrafo 9.

borrador de dichas solicitudes o copias de los documentos presentados en el curso del procedimiento[207] o de todo otro documento o información importante[208]. El intercambio de información se vería facilitado por una exigencia de que los representantes deberán llevar un expediente claro de la administración de la masa de la insolvencia, anotando toda decisión importante[209], así como dejando constancia en expedientes y libros de contabilidad de toda disposición de los bienes e informando mensualmente de los gastos de la administración[210].

153. Los representantes de la insolvencia podrán convenir en celebrar consultas con sus homólogos extranjeros, ya sea a instancia del interesado[211] o sobre ciertos asuntos, por ejemplo, sobre la preparación y negociación de los planes de reorganización que hayan de presentarse en cada Estado[212]. En un acuerdo entre las partes en el procedimiento principal y en el no principal abiertos en dos Estados miembros de la Unión Europea se remitió al artículo 31 del Reglamento (CE) y se pidió que cada representante de la insolvencia facilitara al otro una lista de los bienes sitos en el Estado del procedimiento no principal con anterioridad a todo acto de disposición de los bienes[213]. Se pidió también que el representante de la insolvencia del procedimiento principal presentara al representante del procedimiento no principal una propuesta de transferencia global de todos los bienes. El representante del procedimiento no principal se había de encargar de presentar la propuesta recibida, junto con su respuesta, al tribunal encargado del procedimiento no principal. Se pidió también a los representantes de la insolvencia que utilizaran un mismo proyecto de plan de reparto y una misma lista de los acreedores que hubieran percibido ya su cuota[214].

ii) Intercambio de información con otras partes

154. Además del intercambio de información entre los representantes de la insolvencia, el acuerdo transfronterizo puede ocuparse también del intercambio de información con otras partes, tales como los foros competentes y los acreedores o la junta de acreedores. Una cláusula al respecto obraría en aras de la seguridad y evitaría posibles conflictos. El acuerdo podrá requerir, por ejemplo, que la información intercambiada entre los representantes de la insolvencia, tal vez a través de un acuerdo mensual de sus actividades, sea también facilitada a los acreedores o a la junta de acreedores, así como a los tribunales[215]. Cabrá también intercambiar información adicional a petición de un representante de la insolvencia o de una junta de acreedores.

155. En aras de la transparencia de los procedimientos, algunos acuerdos prevén que toda información de la que se disponga en alguno de los foros deberá ser facilitada a los demás foros[216] o que todos los interesados en los procedimientos

---

[207] Véase, por ejemplo, el caso *Peregrine*, párrafo 14.
[208] Véase, por ejemplo, el caso *Swissair*, párrafo 8.1.2.
[209] Véase, por ejemplo, el caso *Federal*-Mogul, párrafo 4.1.
[210] Véase, por ejemplo, el caso *Inverworld*, párrafos 10 y 23.
[211] Véase, por ejemplo, el caso *Peregrine*, párrafo 16.
[212] Véase, por ejemplo, el caso *Maxwell*, párrafos G.1 iii), G.3 iii) y, en particular, G.6.
[213] Véase, por ejemplo, el caso *SENDO*, part II-1.1.
[214] Véase, por ejemplo, el caso *SENDO*, part II-2.
[215] Véanse, por ejemplo, los casos *Inverworld*, párrafo 23, y *Commodore*, párrafo K.
[216] Véanse, por ejemplo, los casos *Calpine*, párrafo 16, y *Everfresh*, párrafo 5.

deberán tener igualdad de acceso a la información que se vaya dando a conocer en cualquiera de los procedimientos, así como a la información sobre el estado financiero, la situación jurídica y las actividades del deudor, la naturaleza y la marcha de cualquier plan de reorganización y el estado actual de los procedimientos que se estén siguiendo ante cada uno de los foros[217]. El intercambio de información podría verse también favorecido por ciertas medidas como la celebración mensual en uno de los foros de una conferencia acerca del estado de las actuaciones[218].

156. Un acuerdo puede prever también el intercambio de comunicaciones entre la gestión de la empresa deudora y los representantes de la insolvencia. Cabría prever, por ejemplo, que los representantes de la insolvencia y el personal de gestión de las empresas deudoras se consulten con regularidad sobre toda cuestión de índole estratégica, indicándose los tipos de información que el personal de gestión deberá facilitar a los representantes de la insolvencia o dándoles acceso a los libros de contabilidad y a todo expediente que deseen consultar. Entre la información de posible interés cabe citar: las actas de las reuniones de la junta directiva de cada empresa deudora; los estados periódicos de la contabilidad; informes periódicos sobre la marcha de los demás procedimientos abiertos contra la empresa deudora; y copias de todos los estados fiscales[219].

iii) Avisos que se hayan de dar

a. Avisos requeridos

157. Dar todo aviso requerido a las partes interesadas constituye un factor esencial de una administración eficiente de todo procedimiento de insolvencia transfronterizo y una práctica fiable para la distribución de la información básica. La ley aplicable tal vez exija que se dé aviso no solo a las diversas partes sino también a ciertos interesados en los procedimientos de insolvencia. Si bien un acuerdo transfronterizo no puede eludir los requisitos de la ley aplicable en materia de avisos, sí puede ampliar el alcance de algunos de esos requisitos (por ejemplo, pidiendo que se dé aviso a otros interesados o que se faciliten más datos) o podrá aclarar la manera en que esos requisitos serán aplicables a otros procedimientos y complementarlos, caso de ser necesario, para tener en cuenta la relación existente entre los distintos procedimientos. Esos acuerdos podrán precisar cuál será la parte obligada a dar aviso y quiénes serán los destinatarios, cuándo habrá de darse aviso y cuál será el contenido del aviso.

158. El acuerdo tal vez estipule una cláusula muy genérica en materia de avisos, remitiéndose a las prácticas aplicables con arreglo al régimen de la insolvencia de cada foro. Sin especificar las circunstancias exactas que justifiquen la obligación de dar aviso, el acuerdo podría limitarse a indicar que cuando haya de darse un aviso, la parte obligada a darlo deberá hacerlo por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley aplicable[220]. Cabría también estipular en el acuerdo que deberá darse aviso

---

[217] Véase, por ejemplo, el caso *Solv-Ex*, párrafo 13.

[218] Véase, por ejemplo, el caso *Inverworld*, párrafo 25.

[219] Véase, por ejemplo, el caso *Federal-Mogul*, párrafo 4.2-4-5; consúltese también en la Guía Legislativa de la CNUDMI lo relativo a las obligaciones de la empresa deudora (segunda parte, cap. III, párrs. 22 a 33, y recomendación 110).

[220] Véase, por ejemplo, el caso *AIOC*, párrafo E.

a toda parte que proceda y de toda actuación que proceda de conformidad con la práctica judicial aplicable en el foro competente[221].

159. El acuerdo tal vez limite los casos en los que habrá de darse aviso, excluyendo toda cuestión puramente formal o limitando el alcance de la obligación a los casos en los que se celebren audiencias conjuntas[222]. Tal vez se hayan previsto también las consecuencias de que no se haya dado aviso o que se excuse a una parte de la obligación de darlo si existe algún impedimento razonable que no le permita hacerlo[223], condicionándose dicha exención a que el aviso sea dado y a que se dé la oportunidad de una audiencia tan pronto como desaparezca el impedimento.

160. Cabría citar como asuntos en los que procedería exigir un aviso: a) toda solicitud de apertura de un procedimiento presentada por un representante de la insolvencia respecto de otra empresa del mismo grupo[224], o ciertos tipos de solicitudes o documentos presentados en uno o varios de los procedimientos; b) alguna audiencia u otra actuación exigible con arreglo a la ley del foro respecto del procedimiento que se esté siguiendo[225]; c) toda solicitud de aprobación de los honorarios o de gastos de los representantes de la insolvencia y del personal profesional empleado[226]; d) ciertas cuestiones relativas al trato otorgable a los créditos en un plan de reorganización; e) ciertas órdenes o dictámenes del tribunal emitidos en el curso de las actuaciones[227]; f) toda medida de investigación de los bienes sitos en otros foros[228]; g) la solicitud de alguna medida cautelar[229]; h) la solicitud de aprobación de una operación efectuada con bienes de la masa, que suponga utilización, venta, o arrendamiento de ciertos bienes de la masa o el depósito de fondos de la misma; así como toda medida de enajenación[230]; e i) toda operación de financiación posterior a la apertura de un procedimiento[231].

b. Partes obligadas a dar aviso

161. Algunos acuerdos indican cuáles serán las personas obligadas a dar aviso, por ejemplo, los representantes de la insolvencia de cada procedimiento, el deudor o la persona que haya de encargarse de dar aviso en el Estado donde se presenten ciertos documentos o se hayan de celebrar las actuaciones[232].

c. Destinatarios de los avisos

162. Se siguen diversos criterios para determinar quiénes han de ser los destinatarios de los avisos dados acerca de diversos aspectos de las actuaciones abiertas a raíz de una insolvencia transfronteriza. Algunos acuerdos limitan

---

221 Véanse, por ejemplo, los casos *Livent*, párrafo ii) [2], y *Solv-Ex*, párrafo 2.
222 Véanse, por ejemplo, los casos *Federal-Mogul*, párrafo 10, y *PSINet*, párrafo 28.
223 Véase, por ejemplo, el caso *AIOC*, párrafo E.
224 Véase, por ejemplo, el caso *Commodore*, párrafo L, en el que se incluyó una filial que actuaba como sociedad de cartera entre la empresa deudora y sus filiales o empresas asociadas: *Maxwell*.
225 Véase, por ejemplo, el caso *ABTC*, art. 3/sect. 3.02.
226 Véase, por ejemplo, el caso *Federal-Mogul*, párrafo 8 a) ii), b) ii).
227 Véase, por ejemplo, el caso *Loewen*, párrafo 21.
228 Véase, por ejemplo, el caso *Nakash*, párrafo 9.
229 Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*, párrafo 26.
230 Véase, por ejemplo, el caso *Everfresh*, párrafo 3.
231 Véase, por ejemplo, el caso *Commodore*, párrafo M 1) a 4).
232 Véanse, por ejemplo, los casos *Inverworld*, párrafo 14, y *Mosaic*, párrafo 19.

genéricamente el alcance de la obligación de dar aviso a las propias partes en el acuerdo, mientras que otros exigen que se dé aviso a ciertos destinatarios, entre los que suelen figurar el deudor, la junta de acreedores, cada uno de los acreedores, los representantes de la insolvencia y algunas otras personas nombradas para algún cometido por los tribunales o que estén legitimadas para recibir un aviso por la práctica del Estado donde se presenten los documentos o se lleven a cabo las actuaciones. Algunos acuerdos limitan el alcance de la obligación de dar aviso a la junta de acreedores o a cierto número de grandes acreedores, por ejemplo, los veinte más importantes. Cabrá también valerse de una lista llevada en uno de los procedimientos o exigirse que se dé el aviso a toda parte legitimada para recibirlo conforme a una orden dictada en uno u otro foro competente. En algunos acuerdos se dan ciertos datos para facilitar el aviso, como el número de fax o la dirección completa de toda persona legitimada para recibir el aviso. En otros acuerdos, además de darse una lista de los destinatarios, se indica la obligación de los mismos para dar, a su vez, aviso con arreglo a las prácticas seguidas en cada uno de los tribunales[233].

163. Según otro acuerdo, el representante de la insolvencia del procedimiento principal deberá dar aviso a cada uno de los acreedores reconocidos en otros foros, por correo individual ordinario, de toda formalidad exigible y sanción prevista por la ley del foro del procedimiento principal. Tal vez haya de darse aviso también a los acreedores cuyo crédito vaya a ser visto por un tribunal distinto del tribunal ante el cual dicho crédito fue presentado[234].

164. Cuando el representante de la insolvencia haya de obtener una aprobación judicial para investigar o recuperar bienes del deudor en determinado Estado, el acuerdo podrá exigir que dé aviso a los demás tribunales que intervengan en las actuaciones abiertas[235]. Algunos acuerdos prevén que si se solicita una orden judicial contraria a lo estipulado en el acuerdo, toda parte en el acuerdo deberá ser notificada[236].

d. Método para dar aviso

165. Algunos acuerdos se limitan a indicar que el aviso habrá de darse con arreglo a las prácticas del foro o por escrito[237]. En otros acuerdos se enumeran los diversos métodos utilizables por las partes: correo, fax, correo electrónico o alguna otra vía electrónica[238]; o incluso por correo rápido[239] o entregado a mano[240]. Cabe también que se prevea la publicación de un anuncio, indicándose el momento y el lugar (por ejemplo, un periódico) en el que el deudor deberá hacerlo y el idioma en que deberá publicarse para que los acreedores lo comprendan, dondequiera que se encuentren, además de otras partes interesadas, y de conformidad con los requisitos de eficiencia

---

233 Véanse, por ejemplo, los casos *AIOC*, párrafo E, y *Laidlaw*, párrafo F.

234 Véase, por ejemplo, el caso *Solv-Ex*, párrafo 6 c) y d).

235 Véase, por ejemplo, el caso *Nakash*, párrafo 5.

236 Véanse, por ejemplo, los casos *Everfresh*, párrafo 18, y *Solv-Ex*, párrafo 15; las *CoCo Guidelines* disponen, entre otras cosas, que deberá darse aviso de toda audiencia u orden judicial a todo representante de la insolvencia que pueda verse afectado (directrices 17.1-3).

237 Véase, por ejemplo, el caso *AIOC*, párrafo E.

238 Véase, por ejemplo, el caso *Federal-Mogul*, párrafo 10.1.

239 Véase, por ejemplo, el caso *Everfresh*, párrafo 3.

240 Véanse, por ejemplo, los casos *Olympia & York*, párrafo 4 c), y *Swissair*, párrafo 10.2.

y suficiencia que deberá reunir dicho anuncio. Otra posible vía de notificación, de creciente divulgación, es el sitio del tribunal en Internet.

166. Cabe que el acuerdo prevea los requisitos para la validez del aviso y el efecto de todo cambio de dirección del destinatario. En cierto acuerdo se estipuló que el aviso enviado sería válido pese al cambio de dirección, si tal cambio no se notificó con la antelación requerida. De haberse previsto la entrega en mano, se habrá de notificar todo cambio de dirección antes de la fecha de entrega del aviso; en caso de comunicación por fax, el cambio de dirección habría de ser notificado (con respuesta confirmatoria) en el momento de la transmisión. Además de este tipo de detalles, el acuerdo podrá también indicar cuál será la prueba confirmatoria de la entrega del aviso.

e. Aviso relativo al funcionamiento y la aplicación del acuerdo

167. En algunos acuerdos se exige que se dé aviso, por la vía indicada en el acuerdo, de ciertos hechos, como, por ejemplo, respecto de toda cláusula suplementaria añadida o modificación introducida en el acuerdo, así como de su cancelación o sustitución[241]. El acuerdo puede haber previsto que, en caso de que surja alguna controversia acerca de su aplicación, se deba dar aviso a los destinatarios indicados en su texto[242].

c) Confidencialidad de las comunicaciones

168. Gran parte de la información relativa al deudor y a sus negocios que habrá de ser examinada y compartida en un procedimiento de insolvencia puede ser información comercialmente delicada, confidencial o resguardada por obligaciones frente a terceros (secretos comerciales, datos que sean fruto de la labor de investigación y desarrollo de una empresa o datos relativos a su clientela). Por consiguiente, esa información deberá ser utilizada con cautela, restringiéndose adecuadamente su divulgación a fin de que ningún tercero pueda sacar un provecho indebido de ella. La confidencialidad de la información podría ser una de las cuestiones abordadas en un acuerdo transfronterizo, particularmente si se tiene en cuenta que las obligaciones en materia de confidencialidad pueden variar de un Estado a otro[243]. Muchos profesionales de la insolvencia exigen a las personas deseosas de tener acceso a comunicaciones que concierten pactos de confidencialidad. En los acuerdos transfronterizos cabría regular los detalles de esos pactos, concretamente sobre el modo en que deberán ejecutarse.

---

[241] Véanse, por ejemplo, los casos *Loewen*, párrafo 26, y *Mosaic*, párrafo 25.

[242] Véanse, por ejemplo, los casos *PSINet*, párrafo 31, y *Systech*, párrafos 27 y 28.

[243] El principio 3D del *Concordat* se ocupa también de la confidencialidad; las directrices *CoCo Guidelines* recomiendan que toda información reservada, pero de interés para el procedimiento, sea compartida entre los representantes de la insolvencia en la medida en que lo permita la ley aplicable y a reserva de que se adopten medidas apropiadas para amparar la confidencialidad de toda información que sea comercialmente delicada o pueda ser indebidamente explotada (directriz 7.5); que el deber de facilitar información presupone el de facilitar toda copia que se solicite de un documento a un precio razonable (directriz 7.6). Las directrices también se ocupan del intercambio de comunicaciones entre representantes de la insolvencia (directriz 6.1 y directriz 7.1), así como entre representantes tanto del procedimiento principal como del no principal (directriz 8).

169. La confidencialidad de ciertas comunicaciones no está prevista en todos los acuerdos [244]. Los acuerdos que regulan la confidencialidad adoptan diversos enfoques como el de disponer, en general, que deberá respetarse la confidencialidad de ciertos datos intercambiados o el de que solo cabrá intercambiar información confidencial o privilegiada si se adoptan salvaguardias adecuadas, como pactos de confidencialidad[245]; cabe prever que los representantes de la insolvencia pacten por escrito un compromiso de amparar toda información privilegiada[246]; o que deban obtener el consentimiento (escrito) de la parte interesada; o que deban darse a conocer ciertos datos confidenciales en virtud de la ley aplicable[247] o por orden judicial[248]. Cuando se intercambie información, cabe convenir en que el intercambio no suponga renuncia a ningún privilegio aplicable como el de la confidencialidad de los intercambios entre el abogado defensor y su cliente o el que ampare al fruto de la labor de investigación de la empresa[249].

170. Las obligaciones estipuladas en materia de confidencialidad tal vez sean aplicables no solo a la información intercambiada sino a todo proceso entablado para la solución de controversias en el marco del acuerdo y a todo documento emanado de dicho proceso. Tal vez se restrinja de algún modo la divulgación de información por alguno de los participantes en el proceso o se estipule, por ejemplo, que el representante de la insolvencia no podrá forzar la divulgación de esa información[250].

171. Las deliberaciones de la junta de acreedores también podrían estar sujetas a lo pactado en materia de confidencialidad. Un acuerdo estipuló que la junta de acreedores podría ampararse en el mandato de uno de los foros que la eximiera del pacto de confidencialidad aprobado en el otro procedimiento[251].

Cláusulas modelo

Comunicación entre los tribunales

Los tribunales del Estado A y del Estado B podrán comunicarse entre sí acerca de todo asunto relacionado con los procedimientos abiertos en el Estado A y en el Estado B. Además, los tribunales podrán celebrar de toda audiencia conjunta que sea requerida para la sustanciación o administración de dichos procedimientos o para la determinación o disposición de alguna cuestión relativa a los mismos, siempre y cuando los dos foros estimen que la audiencia conjunta sea necesaria o aconsejable con miras a facilitar, en particular, la coordinación adecuada y eficiente de los procedimientos. Respecto de esas audiencias, a menos que se ordene otra cosa, se seguirán los siguientes procedimientos:

a) Se establecerá una conexión telefónica o por vídeo a fin de que cada tribunal pueda oír simultáneamente el procedimiento seguido en el otro tribunal;

[244] Por ejemplo, en los casos *Maxwell* y *SENDO*.
[245] Véanse, por ejemplo, los casos *Everfresh*, párrafo 5, y *Livent*, párrafo v) [5].
[246] Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*, párrafo 11.
[247] Véase, por ejemplo, el caso *Federal-Mogul*, párrafos 4.6 c) y 4.7 a).
[248] Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*, párrafo 12.
[249] Véanse, por ejemplo, los casos *Commodore*, párrafo M 6), párrafo 6, y *Manhatinv*, párrafo 10.
[250] Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*, párrafo 18.
[251] Véase, por ejemplo, el caso *Quebecor*, párrafo 17.

b) Los jueces podrán personarse en el otro tribunal y presidirlo conjuntamente conforme a lo que convengan, siempre y cuando los acreedores y las partes interesadas puedan comparecer y declarar en persona o ante el tribunal que también presida el juez que se haya desplazado al otro tribunal;

c) Toda parte que pretenda invocar pruebas escritas para respaldar su reclamación ante cualquiera de los tribunales en relación con una audiencia conjunta, deberá presentar, antes de la audiencia, esas pruebas y deberá hacerlo respetando las normas y los requisitos procesales y probatorios de cada uno de los tribunales. Si una parte no ha comparecido anteriormente ante uno de los tribunales o no desea someterse a su jurisdicción, tendrá derecho a presentar esas pruebas sin que, por el mero hecho de presentarlas, se considere que se ha sometido a la jurisdicción del tribunal que las reciba, y siempre y cuando no solicite, en esas pruebas o en sus argumentos, ninguna medida cautelar del tribunal a cuya jurisdicción no quiera someterse;

d) Inicialmente, la parte interesada presentará sus exposiciones o solicitudes únicamente al tribunal ante el que dicha parte comparezca o al que solicite medidas de amparo. Cuando se prevea una audiencia conjunta, la parte que formule esas solicitudes o exposiciones tendrá la cortesía de presentar copias de las mismas al otro tribunal. Las solicitudes de medidas cautelares a los dos tribunales deberán presentarse a ambos;

e) Los jueces que conozcan de tales solicitudes tendrán derecho a comunicarse entre sí, estando o no presentes los abogados, con miras a fijar directrices para la debida presentación de los documentos y demás material y la adopción de las decisiones judiciales pertinentes, así como a regular todo otro asunto procesal o administrativo que proceda; y

f) Los jueces tendrán derecho a comunicarse entre sí después de toda audiencia conjunta, en ausencia de los abogados, con miras a i) determinar si ambos tribunales pueden dictar sentencias coherentes, ii) coordinar los textos de las respectivas sentencias, y iii) regular todo otro asunto procesal o administrativo.

Comunicación entre las partes: intercambio de información entre los representantes de la insolvencia

1) Además de lo ya dispuesto en el presente acuerdo acerca del intercambio de información, los representantes de la insolvencia de los Estados A y B convienen en intercambiar, conforme a lo permitido por la ley, toda información relativa a la empresa deudora, a su anterior o actual personal profesional o gerente y a sus empleados, así como sobre su activo y su pasivo, que obre en posesión o esté bajo el control de cada uno de ellos. Los representantes de la insolvencia podrán además compartir información confidencial o privilegiada, pero sin estar obligados a hacerlo. Cada representante de la insolvencia deberá mantener al otro plenamente informado de sus actividades y de toda novedad importante sobre la empresa deudora que llegue a su conocimiento.

2) La emisión de una orden por la que se apruebe el presente acuerdo constituirá el reconocimiento por cada tribunal emisor, así como por cada representante de la insolvencia que sea parte en el acuerdo, y por el personal profesional y demás empleados y [...] a su servicio, de que están y seguirán estando sujetos a todo pacto de confidencialidad aplicable a la relación del abogado con su cliente o al fruto de la

labor de investigación de la empresa, o en virtud de cualquier otro privilegio reconocido por la ley que sea aplicable al caso.

Comunicación entre las partes: intercambio de información con otros interesados

Toda información tenida por divulgable en uno de los dos foros será divulgada en el otro foro. En la medida que lo permita la ley, toda información tenida por no divulgable será dada a conocer a los representantes oficiales de la empresa deudora, así como a la junta de acreedores y a toda otra junta nombrada en el curso de los procedimientos seguidos contra la empresa deudora, y a toda parte interesada como, por ejemplo, a un prestamista posterior a la apertura del procedimiento, a reserva de que se respete todo pacto de confidencialidad que se haya concertado conforme a la ley aplicable.

Avisos que se habrán de dar

Todo aviso que deba darse de una solicitud o de un documento presentado en alguno de los dos procedimientos de insolvencia y todo aviso de alguna audiencia u otra actuación conexa ordenada por la ley del foro en relación con las actuaciones abiertas o con el presente acuerdo deberán ser dados por la vía que proceda según las circunstancias (ya sea por correo, fax o alguna otra vía de comunicación electrónica) a las siguientes partes:

a) A todos los acreedores y demás interesados conforme a la práctica del foro al que se haya presentado el documento o ante el que tengan lugar las actuaciones; y

b) En la medida en que las partes mencionadas en el anterior apartado a) no sean destinatarias de un aviso, dicho aviso deberá darse a la junta de acreedores o a sus abogados defensores, a los representantes de la insolvencia y a toda otra parte que sea designada por uno u otro foro, cuando proceda hacerlo.

Todo aviso previsto en la presente cláusula deberá ser dado por la parte designada para dicho cometido por el foro ante el que se haya presentado el documento o ante el que tengan lugar las actuaciones. Además de tales avisos, el deudor deberá facilitar al foro competente del Estado A o al del Estado B, previa petición del mismo, una copia de toda orden u otro documento de rango similar emitido por el otro tribunal en el curso de las actuaciones.

Confidencialidad de las comunicaciones

Los representantes de la insolvencia de los Estados A y B se comprometen a no facilitar a tercero alguno la información no divulgable que hayan recibido del otro representante relativa al anterior o actual personal profesional o gerente o a los empleados de la empresa deudora, salvo que la comunicación de la información recibida:

a) Haya sido convenida con la parte a la que se refiera la información o con el otro representante de la insolvencia, según el caso;

b) Sea exigida por la ley aplicable; o

c) Sea exigida por mandato de algún foro competente.

7. Eficacia, modificación, revisión y extinción de los acuerdos

a) Eficacia del acuerdo y condiciones necesarias para que el acuerdo sea eficaz

172. Las partes que negocian un acuerdo desean poder hacerlo valer. Por esa razón, en algunos acuerdos se establece el procedimiento por el cual surtirán efecto; en la mayoría de los acuerdos analizados en las presentes Notas se requiere la aprobación previa de los tribunales de los diferentes foros[252]. Puede exigirse la aprobación de determinado tribunal o de todos los tribunales actuantes y puede disponerse expresamente que el acuerdo no será vinculante, o no podrá ejecutarse legalmente, hasta que se haya obtenido la aprobación. Al aprobar un acuerdo, un tribunal también podrá indicar expresamente que este solo será vinculante para las partes cuando se haya obtenido la aprobación de los demás tribunales correspondientes[253]. En algunos acuerdos figuran otros requisitos, por ejemplo, que la decisión del tribunal de aprobar el acuerdo se comunique a todos los acreedores que hayan presentado créditos en el procedimiento de insolvencia abierto ante ese tribunal[254] o a las partes que hayan suscrito el acuerdo[255].

173. En algunos ordenamientos internos, para que el acuerdo adquiera eficacia, puede exigirse que el comité de acreedores lo apruebe y que se presente al tribunal copia del acuerdo y de la aprobación[256]. Los acuerdos no aprobados por un tribunal pueden ser ejecutables con arreglo al derecho de los contratos.

174. En la práctica, hasta el momento los tribunales competentes se han mostrado dispuestos a aprobar los acuerdos por considerar que estos representan el consenso a que han llegado las partes interesadas, incluidos los representantes de la insolvencia, que suelen ser nombrados por los propios tribunales. En general, los tribunales han confiado en el criterio profesional de los representantes de la insolvencia, ya que estos, en su calidad de juristas experimentados en materia de insolvencia, han redactado los acuerdos para resolver de forma pragmática el problema de la armonización y coordinación de procedimientos de insolvencia concurrentes[257].

175. Para decidir acerca de la aprobación de un acuerdo, los tribunales han tenido en cuenta algunos factores, entre ellos, la posible existencia de un conflicto con el principio de cortesía internacional y la adhesión al principio de igualdad de trato de los acreedores[258]. Se han asegurado de no aprobar ningún acuerdo que pudiera autorizar algo contrario a la ley o *ultra vires*. En un caso en que se habían abierto procedimientos de insolvencia concurrentes, el tribunal examinó un plan de reorganización redactado por los representantes de la insolvencia del otro foro y

---

[252] Véanse, por ejemplo, los casos *MacFadyen*, párrafo 9, y *Pope & Talbot*, párrafo 25.

[253] Véanse, por ejemplo, los casos, *Solv-Ex*, párrafo 15, y *Systech*, párrafo 25. En la orden judicial de aprobación puede también supeditarse esa aprobación a que el acuerdo sea aprobado por el tribunal del otro Estado; véase, por ejemplo, la orden dictada en el caso *Nortel*, por el *United State Bankruptcy Court for the District of Delaware* (15 de enero de 2009).

[254] Véase, por ejemplo, el caso *AIOC*, párrafo I.

[255] Véase, por ejemplo, el caso *Nakash*, párrafo 38.

[256] Véase, por ejemplo, el caso *ISA-Daisytek*, párrafo 10.1-10.2.

[257] En la causa *Maxwell*, el juez inglés observó que "en general, si la opinión profesional del administrador es que determinado acto redundará en favor de los acreedores, el tribunal aceptará esa opinión".

[258] *Ibid*.

únicamente lo aprobó con la condición de que se introdujeran modificaciones, argumentando que no podía aprobar un plan de reorganización que autorizara algo contrario a la ley o *ultra vires*, ya que el plan habría servido para exonerar de toda responsabilidad a los directivos de cualquier empresa del grupo deudor por el incumplimiento de sus obligaciones para con su empresa[259]. A efectos de facilitar la aprobación y de evitar una posible impugnación, puede admitirse que los acreedores planteen objeciones respecto del contenido o enunciado del acuerdo, objeciones estas que el tribunal tendría en cuenta para adoptar la decisión de aprobarlo o no.

176. Además de exigirse la aprobación de los tribunales, el acuerdo puede autorizar a las partes a adoptar las medidas y redactar los documentos necesarios y apropiados para su ejecución efectiva[260], o las partes pueden convenir expresamente en que harán todo lo que sea necesario para dar pleno efecto a las estipulaciones del acuerdo[261].

b) Modificación, revisión y extinción de un acuerdo

177. Para adaptarse a nuevas circunstancias, muchas veces se incorporan disposiciones relativas a posibles modificaciones. Por lo general, en los acuerdos que han de ser aprobados por los tribunales se estipula que el acuerdo no puede complementarse, modificarse ni sustituirse de ninguna manera, salvo con la previa aprobación de los respectivos tribunales competentes, tras haber dado aviso a las partes interesadas y celebrado vistas a esos efectos[262]. A veces se exige, además de la aprobación de los tribunales, el consentimiento de las partes por escrito. Las partes, que pueden mencionarse expresamente, pueden ser el deudor, los representantes de la insolvencia, determinados acreedores o el comité de acreedores.

178. No todas las modificaciones han de ser aprobadas por los tribunales; la aprobación no sería necesaria, por ejemplo, en los siguientes casos: a) cuando se excluya de las partes a cualquier empresa deudora que haya dejado o esté por dejar de ser miembro del grupo deudor, o que haya dejado o esté por dejar de ser objeto de un procedimiento de insolvencia en cualquier Estado; b) cuando se sustituya, se añada o se suprima un representante de la insolvencia, o c) cuando se trate de una combinación de los ejemplos anteriores. En algunos acuerdos se prevé una salvaguardia en el sentido de que ninguna modificación que se introduzca podrá menoscabar, con carácter retroactivo, ningún derecho de indemnización, inmunidad ni otra clase de protección prevista en el acuerdo.

179. En algunos acuerdos se especifica quién está facultado para modificarlo o rescindirlo, el momento de hacerlo y las consecuencias. Por ejemplo, en un acuerdo se disponía expresamente que toda parte interesada podía solicitar en cualquier momento a cualquiera de los dos tribunales la modificación o la rescisión del acuerdo. En todo acuerdo en que se exija el consentimiento de las partes para que surta efecto también se exigirá su consentimiento para modificarlo. Toda modificación que se introduzca anularía e invalidaría la versión anterior del acuerdo.

---

[259] Véase Re *APB Holdings Ltd*., High Court of Justice of Northern Ireland, Chancery Division, [1991] N.I. 17.

[260] Véanse, por ejemplo, los casos *Inverworld*, párrafo 37, y *Solv-Ex*, párrafo 16.

[261] Véase, por ejemplo, el caso *Federal-Mogul*, párrafo 12.2.

[262] Véase, por ejemplo, el caso *Quebecor*, párrafo 28.

180. Si bien no siempre se incluye en el acuerdo una disposición sobre su rescisión o extinción, estas posibilidades se mencionan en el contexto de la modificación del acuerdo, o bien se hace referencia concretamente al momento en que este expiraría, que puede ser a) cuando el representante de la insolvencia dé aviso por escrito a las demás partes de que el acuerdo ha expirado; b) cuando la administración dé aviso por escrito a las partes de que el acuerdo ha expirado, o c) en relación con los deudores afectados por un plan de reorganización, cuando ese plan adquiera eficacia con arreglo a la ley aplicable.

Cláusulas modelo

Eficacia del acuerdo y condiciones necesarias para que el acuerdo sea eficaz

Variante A

El presente acuerdo únicamente surtirá efecto una vez que sea aprobado por los tribunales del Estado A y el Estado B.

Variante B

1) Con arreglo a las leyes del Estado A, la eficacia del presente acuerdo está supeditada a la aprobación de los acreedores del deudor. El representante de la insolvencia del Estado A convocará una reunión de acreedores en el Estado A lo antes posible y emprenderá todos los esfuerzos que sean razonables para obtener la aprobación del presente acuerdo por parte de los acreedores.

2) El representante de la insolvencia del Estado A informará de las cláusulas del presente acuerdo al tribunal del Estado A en un plazo de […] días contados a partir de la fecha de la reunión de acreedores mencionada en el párrafo 1).

3) El representante de la insolvencia del Estado B informará de las cláusulas del presente acuerdo al tribunal del Estado B en un plazo de [...] días contados a partir de la fecha de su celebración.

Modificación, revisión y extinción

El presente acuerdo no podrá complementarse, modificarse, rescindirse ni sustituirse de ninguna forma, salvo con previo acuerdo por escrito de las partes y previa aprobación de los tribunales del Estado A y el Estado B. Todo procedimiento legal encaminado a complementar, modificar, rescindir o sustituir el presente acuerdo deberá notificarse de conformidad con lo dispuesto en el párrafo [...] *supra* [*párrafo relativo a la notificación*].

8. Costas y otros gastos

181. En el curso de la administración del procedimiento de insolvencia pueden surgir gastos relacionados con la investigación de los bienes del deudor, la remuneración del representante de la insolvencia y el procedimiento en sí (por ejemplo, las costas judiciales). Para garantizar una administración eficiente del procedimiento, en muchos acuerdos se aborda la cuestión de las costas y demás gastos que pueden contraerse y, por lo menos en algunos casos, la remuneración de los representantes de la

insolvencia[263]. En general, se aplica el principio de que las obligaciones contraídas por los representantes de la insolvencia deben sufragarse con cargo a la respectiva masa[264].

182. En los acuerdos se suele abordar la cuestión de las costas y demás gastos que han de sufragarse, la manera en que deberán sufragarse y el tribunal competente en la materia. En algunos se dispone, por ejemplo, que la remuneración de los profesionales contratados por el deudor, o incluso por los acreedores garantizados o los prestamistas que concedan crédito tras la apertura del procedimiento, estará regulada por el tribunal de ese Estado; no se exige la aprobación de otro tribunal. Por lo general, esa disposición regirá con respecto a cada Estado participante en el acuerdo transfronterizo y puede exigir que las partes interesadas soliciten a los tribunales que estudien si sería o no más apropiado distribuir los gastos de otra manera teniendo en cuenta los hechos y las circunstancias del caso. De modo análogo, las remuneraciones, las costas y demás gastos ordinarios y de otra índole de los representantes de la insolvencia y los profesionales que contraten por lo general se sufragarán con cargo a los bienes de la masa que estén situados en el Estado en que hayan sido nombrados[265]. También puede estipularse un procedimiento detallado de contabilidad que prevea el intercambio de estados de cuentas mensuales entre los representantes de la insolvencia y el carácter confidencial de esa información.

183. Cuando un acuerdo abarque procedimientos de insolvencia paralelos, podría abordarse la manera en que se repartirían los gastos entre los diversos procedimientos[266]. Por ejemplo, en un acuerdo, que regulaba a la vez un procedimiento principal y otro no principal, las costas judiciales del procedimiento no principal habían de ser sufragadas con cargo a los bienes del deudor como gastos de administración del procedimiento principal, si bien dentro de ciertos límites y con arreglo a la ley aplicable en lo que respecta a los gastos que podrían quedar abarcados, por ejemplo, los relativos a la verificación de los créditos presentados, inclusive los salarios adeudados, y la recuperación de bienes de resultas de acciones entabladas o solicitadas por los representantes de la insolvencia. Asimismo, en el acuerdo se mencionaba concretamente la cuantía que recibirían los representantes de la insolvencia del procedimiento no principal como gastos de administración del procedimiento principal y se determinaba qué tribunal tendría competencia para determinar las remuneraciones.

---

263 Véase el caso *Solv-Ex*, párrafo 9.

264 Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*, párrafo 14; véanse también los Principios del Régimen Europeo de la Insolvencia de 2003, ed. McBryde, Flessner and Kortmann, Law of Business and Finance, vol. 4, Kluwer 2003, que son comunes a muchos regímenes nacionales en la materia (Principio 5.1); en las *CoCo Guidelines* se recomienda que las obligaciones contraídas por el representante de la insolvencia durante el procedimiento y la remuneración del representante de la insolvencia se sufraguen con cargo a los bienes administrados en el procedimiento para el que haya sido nombrado (directriz 11.1).

265 Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*, párrafo 14.

266 Véase, por ejemplo, el caso *SENDO*, part. I.4; en las *CoCo Guidelines* se recomienda que las obligaciones contraídas por el representante de la insolvencia y su remuneración en relación con el procedimiento principal antes de la apertura del procedimiento no principal, pero concernientes a los bienes que se incluirán en la masa, en principio deberán sufragarse con cargo a la masa correspondiente al procedimiento no principal (directriz 11.2).

184. En algunos acuerdos figura una disposición relativa a la declaración de gastos y remuneraciones por la que se exige que las retribuciones recibidas en el curso de un procedimiento sean declaradas en los otros procedimientos con objeto de garantizar la transparencia, así como la confianza entre los tribunales de los diversos países con respecto a la remuneración de los profesionales. En un caso en que no existía un acuerdo por escrito, un tribunal aprobó las remuneraciones de los profesionales contratados en el procedimiento extranjero y, a su vez, el representante extranjero participó en la determinación de las remuneraciones de los profesionales contratados en el procedimiento abierto en el país.

Cláusula modelo

Costas y otros gastos

Los representantes de la insolvencia del Estado A y el Estado B deciden de común acuerdo que su respectiva remuneración, las costas y los gastos ordinarios contraídos en el curso del procedimiento (entre ellos, la remuneración de los profesionales y demás personas que contraten y los gastos generados por la prestación de asistencia recíproca) se sufraguen, en primera instancia, con cargo a los fondos que administre cada uno de ellos en el Estado A o el Estado B, respectivamente. Nada de lo dispuesto en el presente acuerdo impedirá que los representantes de la insolvencia se transfieran fondos uno a otro para sufragar las remuneraciones aprobadas por el tribunal competente, las costas y los gastos ordinarios de administración, o con fines de distribución, si, conforme a la opinión razonable de cualquiera de los dos, eso fuera compatible con los objetivos del presente acuerdo.

9. Salvaguardias

185. Las estipulaciones de un acuerdo no deben dar lugar a la contravención de ninguna ley del foro ni vulnerar los derechos de las partes interesadas. En consecuencia, un acuerdo puede contener diversas salvaguardias, es decir, disposiciones encaminadas a amparar determinada condición, que puede estar relacionada con derechos, principios o hechos. Normalmente las salvaguardias tienen la finalidad de proteger los derechos y la competencia jurisdiccional, exonerar de responsabilidad o limitar esta y garantizar la facultad de las partes para concertar el acuerdo. Esto último es particularmente importante, ya que cada una de las partes desea estar segura de que la otra esté debidamente habilitada y de que se acatará la ley aplicable. Como se observó anteriormente (véase el párrafo 46 *supra*), en algunos acuerdos figura una frase al final de una disposición en el sentido de que, sin perjuicio de lo que antecede, no deberá interpretarse que esa disposición tiene determinado efecto. En otros acuerdos figuran salvaguardias más generales[267].

[267] En las *Court-to-Court Guidelines* se dispone que estas no afectarán a ninguna facultad, orden ni determinación sustantiva en relación con ningún asunto controvertido que deba dirimir el tribunal u otro tribunal, ni a la renuncia que haga una parte a sus derechos o acciones (directriz 17).

a) Protección de derechos y de la competencia jurisdiccional

186. Se puede estipular que ninguno de los términos y condiciones del acuerdo, ni las medidas adoptadas con arreglo a ellos, podrán lesionar ni menoscabar las facultades, derechos, acciones o recursos de que dispongan los deudores respecto de su patrimonio, los representantes de la insolvencia, los acreedores a título individual o los accionistas conforme a la ley aplicable, ni excluir o socavar la facultad que tenga una persona, en virtud de la ley aplicable, para defender o hacer valer sus derechos sustantivos contra cualquier otra persona[268].

187. Un acuerdo puede contener disposiciones sobre la protección de la competencia jurisdiccional, por ejemplo, en el sentido de que nada de lo pactado en el acuerdo tiene por objeto lesionar, socavar, limitar, extender ni ampliar la competencia de los tribunales actuantes, ya que, sin perjuicio de los principios de cooperación y coordinación judiciales, cada tribunal debe estar facultado en todo momento para ejercer su competencia y su autoridad de forma independiente con respecto a los asuntos que se le presenten y a la manera de tratar a las partes que comparezcan ante él[269].

188. También se pueden dar ejemplos de lo que no se debe interpretar que el acuerdo hace, por ejemplo: a) exigir al deudor, al comité de acreedores o al representante de la insolvencia que no cumpla las obligaciones que le imponen las leyes del foro, entre otras cosas, la obligación del deudor de pagar determinada remuneración al representante de la insolvencia conforme a la ley aplicable[270]; b) autorizar una medida que deba ser aprobada específicamente por un tribunal o por ambos tribunales; c) impedir que un acreedor u otra parte interesada defienda sus derechos sustantivos con arreglo a la ley aplicable, entre ellos, y sin que esto constituya limitación alguna, el derecho a apelar de las decisiones adoptadas por uno de los tribunales competentes o por todos ellos; o d) menoscabar o limitar los derechos de los deudores o de las demás partes a defender la aplicabilidad u otros aspectos de las paralizaciones decretadas en los diferentes procedimientos en relación con cualquier procedimiento, bien o actividad en particular, dondequiera que tenga lugar o esté radicado[271].

b) Limitación de la responsabilidad

189. Se puede disponer que, sin perjuicio de la cooperación que pueda establecerse entre las diversas partes, ni los representantes de la insolvencia ni los profesionales que contraten, ni sus empleados, agentes o representantes, serán responsables de los actos que lleven a cabo sus homólogos de otros Estados ni de los resultados de esos actos. En algunos acuerdos también se dispone que la exención de los efectos de la paralización automática con determinado fin, por ejemplo, para que el representante de la insolvencia pueda investigar los bienes del deudor, no debe interpretarse como aprobación de las medidas concretas que pueda adoptar el representante de la insolvencia con ese fin. Además, las partes pueden convenir en incluir a otras

---

[268] Véanse, por ejemplo, los casos *360Networks*, párrafo 32, *Loewen*, párrafo 28, y *Philip*, párrafo 27.

[269] Véanse, por ejemplo, los casos *Laidlaw*, párrafo 8, y *Commodore*, párrafo T.

[270] Véanse, por ejemplo, los casos *360Networks*, párrafo 34, y *Livent*, párrafo 24.

[271] Véase, por ejemplo, el caso *Systech*, párrafo 23.

personas en ese tipo de cláusula, por ejemplo, un mediador, si las disposiciones sobre la solución de controversias prevén la mediación[272].

c) Garantías

190. Algunos acuerdos contienen una disposición en el sentido de que cada una de las partes declara y garantiza a la otra que está habilitada y autorizada para ejecutar, observar y cumplir el acuerdo[273], si bien tal vez no haga falta prever una disposición de esa índole cuando el tribunal ha de aprobar el acuerdo.

Cláusulas modelo

Protección de derechos

Ni las cláusulas del presente acuerdo ni las medidas adoptadas con arreglo a estos podrán lesionar ni menoscabar las facultades, derechos, acciones ni recursos de que dispongan los deudores respecto de su patrimonio, el comité de acreedores, los representantes de la insolvencia o alguno de los acreedores del deudor a título individual conforme a la ley aplicable, incluidas las leyes relativas a la insolvencia del Estado A y el Estado B y las sentencias de los tribunales de esos Estados.

Protección de la competencia jurisdiccional

Nada de lo dispuesto en el presente acuerdo podrá ampliar, restringir ni lesionar de ninguna forma la independencia, la soberanía o la competencia de ninguno de los tribunales pertinentes, ni de ningún otro tribunal del Estado A, el Estado B o [...], lo que comprende, sin que esto constituya limitación alguna, la facultad de que gozan los tribunales pertinentes u otros tribunales, con arreglo a la ley aplicable, para otorgar medidas cautelares apropiadas.

Limitación de responsabilidad

El representante de la insolvencia del Estado A reconoce que:

a) El representante de la insolvencia del Estado B actúa como representante de la insolvencia del deudor de conformidad con la ley aplicable del Estado B y exonerado de toda responsabilidad personal; y que

b) Ni él ni el deudor tienen reclamación alguna que hacer contra el representante de la insolvencia del Estado B que no sea en virtud del presente acuerdo.

[*Repítase esta cláusula refiriéndola al representante de la insolvencia del Estado B*.]

[272] Véase, por ejemplo, el caso *Manhatinv*, párrafo 21.
[273] Véanse, por ejemplo, los casos *Everfresh*, párrafo 19, e *Inverworld*, párrafo 32.

Garantías

Cada una de las partes declara y garantiza a la otra que las medidas que ha adoptado para la ejecución, observancia y cumplimiento del presente acuerdo están en consonancia con sus facultades y cometidos y han sido debidamente autorizadas por ella o aprobadas por el tribunal, según proceda.

Anexo

Resúmenes de casos[274]

1. AgriBioTech Canada Inc. (ABTC) (2000)[275]

En la causa de ABTC se iniciaron procedimientos de insolvencia paralelos en el Canadá y los Estados Unidos con respecto a la sucursal de una de las mayores empresas productoras de semillas forrajeras y de césped de ese último país. Un aspecto fundamental del protocolo fue la coordinación de las ventas de los bienes del deudor, que estaban supeditadas a la aprobación de los dos tribunales. El producto de esas ventas se depositaría en una cuenta separada que controlaría el tribunal canadiense. En el protocolo se preveía la realización de vistas conjuntas utilizando métodos modernos de telecomunicaciones y el derecho de los tribunales a examinar las cuestiones conexas con carácter confidencial. Los acreedores podían comparecer ante cualquiera de los dos tribunales y, en consecuencia, quedarían sometidos a la jurisdicción del foro respectivo. El deudor estuvo de acuerdo en presentar planes de reorganización esencialmente análogos en los dos tribunales, planes estos que los acreedores podrían aceptar o rechazar conjuntamente. Se designó al tribunal canadiense para que examinara los créditos de los acreedores con arreglo a las leyes canadienses, si bien la validez de esos créditos se determinaría de conformidad con la ley que regulara la obligación determinante. El protocolo también contenía una disposición sobre la impugnación de operaciones.

2. AIOC Corporation y AIOC Resources AG (1998)[276]

En esta causa se concertó un protocolo de liquidación entre los Estados Unidos y Suiza. Las dificultades del caso radicaban no solo en las diferencias entre los regímenes de la insolvencia de los dos países, sino también en la imposibilidad de que los representantes de la insolvencia de los Estados Unidos y Suiza renunciaran a su propio cometido legal de administrar las respectivas liquidaciones. Las partes consintieron en concertar un protocolo que permitiera la liquidación conjunta de los recursos de un modo que fuera compatible con los regímenes de la insolvencia de los dos países. La gestión de los procedimientos de liquidación en el marco del protocolo constituye uno de los rasgos distintivos de este caso. El protocolo estaba inspirado en el *Concordat*, si bien en general se centraba en la canalización adecuada de los recursos, especialmente en los procedimientos encaminados a administrar la compensación de los créditos.

---

[274] La mayoría de los protocolos a que se hace referencia en el presente anexo pueden consultarse en uno de los siguientes sitios en Internet: www.globalinsolvency.com; www.iiiglobal.org; www.casselsbrock.com. Los que no pueden consultarse libremente se indican con un asterisco.

[275] Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 31-OR-371448 (16 de junio de 2000), y United States Bankruptcy Court for the District of Nevada, Caso Nº 500-10534 LBR (28 de junio de 2000) (versión oficiosa).

[276] United States Bankruptcy Court for the Southern District Court of New York, Casos Nº 96 B 41895 y Nº 96 B 41896 (3 de abril de 1998).

3. Akai Holdings Limited (2004)[277*]

La causa de *Akai Holdings Limited* abarcaba procedimientos de insolvencia paralelos iniciados en la Región Administrativa Especial (RAE) de Hong Kong (China) y las Bermudas. La finalidad del protocolo era lograr que los dos procedimientos de liquidación se administraran simultáneamente desde Hong Kong, donde las empresas deudoras tenían su establecimiento principal, si bien se reconocía que el procedimiento de las Bermudas era el "procedimiento principal". Los protocolos se redactaron de modo que se tuvieran en cuenta las disposiciones pertinentes de los regímenes de la insolvencia de la RAE de Hong Kong y de las Bermudas y que se habilitara a los representantes de la insolvencia para que administraran los procedimientos de liquidación de la manera que resultara más económica. En consecuencia, los acreedores podían presentar sus créditos en cualquiera de los dos países. Al aprobar los protocolos, el tribunal de la RAE de Hong Kong observó que, al no haber legislación que regulara las cuestiones relacionadas con la insolvencia transfronteriza, los protocolos propuestos parecían ser la mejor manera de proteger los intereses de los acreedores. Al igual que en los protocolos de las causas *Peregrine* y *GBFE*, se nombraban a las mismas personas representantes de la insolvencia de cada una de las empresas en los dos países. Se adjuntaron al protocolo, como anexos, varios formularios para la prueba de la deuda y la notificación del rechazo de la deuda, entre otros fines.

4. Calpine Corporation (2007)[278]

Calpine Corporation, sociedad de Delaware, es la sociedad matriz suprema de una empresa multinacional que opera por conducto de diversas sucursales y filiales suyas en los Estados Unidos, el Canadá y otros países. Se iniciaron procedimientos de reorganización en los Estados Unidos y en el Canadá, al ser los respectivos deudores empresas distintas y no vinculadas. Al comienzo se coordinaron las actuaciones concertándose memorandos de entendimiento sobre ciertas cuestiones. Ahora bien, en reconocimiento de la relación existente entre ambas empresas que eran, cada una de ellas, el acreedor más importante de la otra, se decidió concertar un protocolo para coordinar y armonizar los dos procedimientos. Al comienzo de las actuaciones, el tribunal canadiense rechazó, por prematura, una solicitud de que se aprobara el protocolo, al estimar que los procedimientos no tenían por objeto llevar a cabo una reestructuración de las empresas solicitantes y que un protocolo no tenía por objeto reabrir las actuaciones sino meramente coordinarlas. Subsiguientemente, el tribunal aprobó el protocolo al convencerse de que estaba debidamente negociado y obraba en aras de los intereses de las partes a ambos lados de la frontera. *Calpine* es un protocolo que cabe calificar de *normal*[279], pese a no disponer nada acerca del

---

[277] High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, Casos HCCW Nº 49/2000 y HCCW Nº 50/2000 (6 de febrero de 2004), y Supreme Court of Bermuda.

[278] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 05-60200 (9 de abril de 2007) y Court of Queens Bench of Alberta (Canadá), Caso Nº 0501-17864 (7 de abril de 2007).

[279] El cotejo de algunos de los protocolos concertados estos últimos años permite ver que algunos de ellos son más genéricos que otros al contener disposiciones casi idénticas acerca de los antecedentes, su finalidad, la cortesía judicial internacional y la independencia de los tribunales, y acerca de la cooperación, al preverse los canales de comunicación, la celebración de audiencias conjuntas, la designación y la remuneración de los representantes de la insolvencia,

derecho a comparecer y ser oído. Se había concertado previamente un memorando de entendimiento encaminado a resolver reclamaciones entre las empresas, que fue subsiguientemente incorporado en el protocolo. Además, el protocolo contenía una disposición por la que se instaba a los deudores sitos en el Canadá y en los Estados Unidos a que negociaran otro protocolo acerca de los créditos presentados por unos y otros (y por sus respectivos acreedores) en la otra causa. El protocolo ya aprobado tenía por objeto evitar la duplicación de las actuaciones, respetar la soberanía jurisdiccional de cada tribunal y facilitar una administración equitativa, abierta y eficiente de las actuaciones. Facilitaba además el acceso recíproco a las fuentes de información y la concertación de un plan de reorganización. El protocolo hacía remisión a las *Court-to-Court Guidelines*.

5. Commodore Business Machines (1994)[280]

En esta causa se habían iniciado procedimientos de insolvencia en las Bahamas y los Estados Unidos. El protocolo fue concertado entre los representantes de la insolvencia en las Bahamas y el comité de acreedores. Su finalidad principal era convertir el procedimiento involuntario abierto, conforme al capítulo 7 del Bankruptcy Code de los Estados Unidos, a instancia de algunos acreedores en un procedimiento con arreglo al capítulo 11 de dicho código y resolver el litigio previsto. Las partes pactaron en el protocolo que los representantes de la insolvencia en las Bahamas asumirían las funciones que solían asignarse a un deudor en posesión de sus bienes con arreglo al capítulo 11. El protocolo también pretendía facilitar la liquidación de los bienes en los dos países y evitar que los tribunales competentes adoptaran decisiones conflictivas. Por ello, en el procedimiento abierto en los Estados Unidos se asignó a los representantes de la insolvencia nombrados en las Bahamas la función de un deudor en posesión de sus bienes. El protocolo regulaba la presentación de los créditos, la contratación y remuneración de los representantes de la insolvencia, contadores y abogados y el deber de los representantes de la insolvencia de informar a los dos tribunales y al comité de acreedores, así como de administrar los fondos, vender los bienes, prestar o tomar prestado dinero e iniciar actuaciones judiciales.

6. EMTEC (2006/2007)[281*]

La causa *EMTEC* concernía a un grupo de empresas, dotado de una estructura piramidal clásica, integrado por una sociedad de cartera, creada en los Países Bajos, que controlaba tres empresas francesas y una alemana que, a su vez, poseían el capital social de otras empresas sitas en la Unión Europea o en Asia. Se abrió un procedimiento de insolvencia en Francia contra todas las empresas del grupo, incluidas aquellas cuya sede social estaba en el extranjero. En Alemania se abrió un procedimiento de insolvencia no principal a instancia del representante francés. Los representantes nombrados en estos dos países concertaron un acuerdo con objeto de definir las modalidades de distribución de las sumas abonables entre los acreedores

---

el intercambio de avisos o notificaciones, el reconocimiento recíproco de toda paralización de las actuaciones, el derecho a comparecer y ser oído, la validez y la modificación del protocolo, la preservación de derechos y la solución de disputas con arreglo al protocolo. Esos protocolos suelen calificarse como "*normales*".

[280] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York y the Supreme Court of the Commonwealth of the Bahamas (1994).

[281] Tribunal Comercial de Nanterre (Francia) y Tribunal de la Insolvencia de Mannheim (Alemania).

y de organizar la cooperación entre ellos mismos, en particular el intercambio de información acerca de la verificación de los créditos y la distribución de esas sumas. En el acuerdo se preveía que el representante de la insolvencia del procedimiento principal transfiriera una determinada cuantía de fondos al representante de la insolvencia del procedimiento no principal y que este último distribuyera esos fondos a los acreedores sin discriminar entre los acreedores de uno u otro procedimiento. El representante de la insolvencia del procedimiento no principal estuvo de acuerdo en que se evitara pagar dos veces a los acreedores que habían presentado créditos en los dos procedimientos. También se convino en que los créditos admitidos en los dos procedimientos se pagarían en el marco del procedimiento que previera un reembolso mayor. El representante de la insolvencia del procedimiento no principal convino en informar por escrito al representante de la insolvencia del procedimiento principal antes de proceder a la distribución. Además, se dispuso que el acuerdo se rigiera exclusivamente por el derecho francés y que el tribunal francés tuviera competencia exclusiva para dirimir toda controversia concerniente al acuerdo.

7. Everfresh Beverages Inc. (diciembre de 1995)[282]

La causa *Everfresh Beverages Inc.*, que concernía a los Estados Unidos y el Canadá, dio lugar al primer protocolo inspirado en los principios del *Concordat*. Esta empresa estadounidense, con operaciones en el Canadá, solicitó la apertura de procedimientos de reorganización en los dos países al mismo tiempo. El protocolo abordaba expresamente una amplia variedad de cuestiones relacionadas con la insolvencia transfronteriza, entre ellas la elección de la ley aplicable, la determinación del foro competente, la evaluación de los créditos y la venta de bienes, la impugnabilidad de ciertos actos y el trato otorgable a los créditos ordinarios. Por ejemplo, se reconoció expresamente el derecho de todo acreedor a presentar sus créditos en uno u otro procedimiento. El protocolo siguió muy de cerca muchos de los principios enunciados en el *Concordat*, empezando por el principio 4, que prevé el supuesto de que no se haya abierto un procedimiento principal, sino solamente dos procedimientos paralelos en diferentes países. Se ultimó este protocolo al mes aproximadamente de la apertura de los procedimientos y se utilizó para celebrar la primera vista conjunta transfronteriza, encaminada a coordinar los procedimientos.

8. Federal-Mogul Global Inc. (2001)[283]

Se abrieron procedimientos de reorganización del grupo *Federal-Mogul*, proveedor importante de componentes de automóviles, en los Estados Unidos y en Gran Bretaña. El protocolo para facilitar la solución de las demandas pendientes por contaminación con amianto contra las sucursales inglesas, tenía por objeto lograr la administración ordenada y eficiente de los procedimientos de insolvencia, la coordinación de las actuaciones y la aplicación de un conjunto de principios generales. Se asignaron las funciones de preparar un plan de reorganización y de

[282] Ontario Court of Justicie, Toronto (Canadá), Caso Nº 32-077978 (20 de diciembre de 1995), y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 95 B 45405 (20 de diciembre de 1995).

[283] United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Caso Nº 01-10578 (SLR), y High Court of England and Wales, Chancery Division in London (2001).

tramitar las demandas concernientes al amianto y las reclamaciones frente a las compañías de seguros a los deudores en posesión de sus bienes en los Estados Unidos. La compraventa y la imposición de gravámenes sobre los bienes estaban sujetas a la aprobación previa de los representantes de la insolvencia, al igual que la mayoría de las demás actividades ajenas al curso normal del negocio. Además, el protocolo preveía las vías de comunicación entre los deudores y los representantes de la insolvencia, cuestiones de confidencialidad, el derecho a comparecer ante los respectivos tribunales, el reconocimiento recíproco de toda paralización de las actuaciones, y la designación y remuneración de los representantes de la insolvencia y demás profesionales.

9. Financial Asset Management Foundation (2001)[284]

En la causa *Financial Asset Management Foundation* se abrieron procedimientos de insolvencia contra una entidad fiduciaria en el Canadá y en los Estados Unidos. La entidad deudora, los representantes de la insolvencia y el acreedor principal concertaron un protocolo. Cada uno de los tribunales convino en inhibirse, en general, en favor del otro, siempre y cuando fuese "apropiado y factible". En el protocolo se indicaba el procedimiento a seguir en las vistas conjuntas y al comparecer ante cualquiera de los dos tribunales. Y se confirmaba la ejecutoriedad de un fallo pronunciado a favor del acreedor principal frente al deudor por un tribunal de California. Además, se pidió a los tribunales que determinaran ciertas cuestiones, pidiéndose, por ejemplo, que el tribunal estadounidense determinara si el deudor había infringido alguna orden dictada en el mencionado fallo.

10. Greater Beijing First Expressways Limited (2003) (GBFE)[285*]

En la causa *Greater Beijing First Expressways* se abrieron procedimientos de insolvencia en las Islas Vírgenes Británicas y en la Región Administrativa Especial (RAE) de Hong Kong concernientes a la liquidación de una empresa de autopistas de peaje. El caso es muy parecido al de *Peregrine*, ya que si se abrió un procedimiento en las Islas Vírgenes Británicas fue básicamente para prestar apoyo al procedimiento abierto en la RAE de Hong Kong y evitar conflictos jurisdiccionales y la dispersión de los bienes. Al igual que en *Peregrine*, en ambos procedimientos se nombraron representantes de la insolvencia a los mismos profesionales con objeto de coordinar las actividades, facilitar el intercambio de información y determinar, conservar y maximizar el valor de los bienes del deudor y hacerlo efectivo. Se distribuyeron las funciones entre los dos procedimientos, al asignarse, por ejemplo, la gestión diaria del negocio y el reconocimiento de los créditos a los representantes en la RAE de Hong Kong y la realización de los bienes a los representantes en las Islas Vírgenes Británicas. Además, el protocolo regulaba la presentación de los créditos, la moneda de pago, la remuneración de los representantes y los requisitos de aviso. Preveía también el formulario utilizable -el *AKAI* o los del protocolo *Peregrine*- para practicar la prueba de la deuda o para dar aviso de su rechazo.

---

[284] United States Bankruptcy Court for the Southern District of California, Caso Nº 01-03640-304, y Supreme Court of British Columbia (Canadá), Caso Nº 11-213464/VA.01 (2001).

[285] High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, HCCW Nº 338/2000, y High Court of Justice of the Eastern Caribbean Supreme Court, Caso Nº 43/2000 (2003).

11. Inverworld (1999)[286]

La causa *Inverworld* concernía a los Estados Unidos, el Reino Unido y las Islas Caimán. Se trataba de una situación complicada en la que se había solicitado la apertura de procedimientos de insolvencia respecto de la empresa deudora y de varias sucursales en los tres Estados. Para evitar conflictos, diversas partes interesadas concertaron protocolos que fueron aprobados por los tribunales competentes de los tres países. En los protocolos se preveía el sobreseimiento de las actuaciones en el Reino Unido, siempre y cuando se cumplieran ciertas condiciones concernientes al trato que había de darse a los acreedores de ese país, y la estricta distribución de las cuestiones restantes entre los otros dos foros competentes, así como la obligación de cada uno de ellos de considerar vinculantes las decisiones del otro, con lo cual se impediría todo litigio paralelo y se lograría una solución coordinada en los tres países.

12. ISA-Daisytek (octubre de 2007)[287*]

En la causa de *ISA-Daisytek* se abrieron procedimientos de insolvencia paralelos en Alemania e Inglaterra. La decisión del tribunal inglés de que el procedimiento abierto en ese país era el principal con arreglo al Reglamento del Consejo Europeo fue impugnada y no fue reconocida durante más de un año en Alemania, de resultas de lo cual había existido cierta incertidumbre con respecto a la condición, las facultades y los cometidos de los respectivos representantes de la insolvencia en uno y otro país. Una vez que el tribunal alemán reconoció que el procedimiento abierto en Inglaterra era el principal, los dos representantes de la insolvencia concertaron un "acuerdo de cooperación y avenencia" con objeto de resolver todos los problemas planteados entre ellos y decidir las medidas futuras en lo concerniente a los procedimientos de insolvencia. El protocolo contenía una disposición de avenencia que regulaba el pago del producto de la venta de los bienes en el procedimiento abierto en Alemania y de dividendos de determinadas sucursales extranjeras al procedimiento abierto en Inglaterra, la distribución a los acreedores y la responsabilidad de los representantes de la insolvencia. El protocolo contenía además una disposición acerca de su aprobación, en la que se indicaba que, según el derecho alemán, su validez dependía de que fuera aprobado por los acreedores, por lo que el representante alemán de la insolvencia presentaría el protocolo ante el tribunal alemán competente tras la reunión de los acreedores, mientras que el representante inglés de la insolvencia se encargaría de hacerlo ante el tribunal inglés competente. El protocolo disponía asimismo que su texto sería interpretado con arreglo al derecho inglés y que el tribunal inglés competente se encargaría de aplicarlo.

---

[286] United States District Court for the Western District of Texas, Caso Nº SA99-C0822FB (22 de octubre de 1999), High Court of England and Wales, Chancery Division (1999), y Grand Court of the Cayman Islands (1999).

[287] High Court of England and Wales, Chancery Division, Leeds, y Tribunal de la Insolvencia de Düsseldorf (Alemania).

13. Laidlaw Inc. (2001)[288]

En la causa de *Laidlaw Inc.* se habían abierto procedimientos de insolvencia en el Canadá y los Estados Unidos con respecto a una empresa multinacional que actuaba por conducto de diversas sucursales y filiales en los Estados Unidos, el Canadá y otros países. Las empresas deudoras sometieron un protocolo a la aprobación de los tribunales con objeto de aplicar los procedimientos administrativos básicos necesarios para coordinar determinadas actuaciones de la insolvencia. Cabía calificar al protocolo como *normal* (véase nota 279 *supra*), al ser parecido al de la causa *Loewen*, especialmente las disposiciones sobre los principios de cortesía e independencia judiciales, cooperación, incluso en materia de vistas conjuntas, designación y remuneración de los representantes de la insolvencia, avisos, reconocimiento de la paralización de las actuaciones, solución de controversias concernientes al protocolo, validez y modificación del protocolo y preservación de derechos.

14. Livent Inc. (1999)[289]

Livent Inc., concerniente a una insolvencia en los Estados Unidos y el Canadá, fue la primera causa en la que se celebraron vistas transfronterizas conjuntas por medio de un circuito cerrado de videoconferencia vía satélite. Se celebraron dos vistas conjuntas. La primera de ellas se celebró para aprobar un protocolo transfronterizo para la liquidación de los créditos de los acreedores frente al deudor. La segunda se celebró para aprobar la venta de todos o casi todos los bienes del deudor. En el protocolo se preveía expresamente que se celebraran esas vistas y se otorgaba a los presidentes de los dos tribunales ciertas facultades discrecionales para examinar y resolver toda cuestión técnica o procesal concerniente a cada una de las vistas conjuntas. Estas concluyeron con éxito en dos días y los tribunales dictaron providencias complementarias para permitir la venta de los bienes en los dos países a un solo comprador. El protocolo preveía la venta de los bienes, la tramitación de los créditos, la asignación del producto liquidado, la ejecutoriedad de ciertos contratos y su impugnabilidad eventual.

15. Loewen Group Inc. (1999)[290]

El deudor, una gran empresa multinacional, solicitó la apertura de procedimientos de insolvencia en el Canadá y los Estados Unidos e inmediatamente presentó ante el tribunal competente de cada país un protocolo completo por el que se establecían los procedimientos que habían de aplicarse en materia de coordinación y cooperación entre los dos foros. El deudor se había dado cuenta de la importancia que revestía la coordinación transfronteriza de las actuaciones para sus planes de reorganización, por lo que preparó un proyecto de protocolo que fue

---

[288] Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 01-CL-4178 (10 de agosto de 2001), y United States Bankruptcy Court for the Western District of New York, Caso Nº 01-14099 (20 de agosto de 2001).

[289] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 98-B-48312, y Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 98-CL-3162 (11 de junio de 1999).

[290] United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Caso Nº 99-1244 (30 de junio de 1999), y Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 99-CL-3384 (1 de junio de 1999).

aprobado como providencia inicial el día de la apertura de los dos procedimientos. El protocolo era de corte *normal*, previéndose que los dos tribunales se comunicaran entre sí, organizaran vistas conjuntas y establecieran las normas que en ellas se observarían: que los acreedores y demás partes interesadas podrían comparecer ante uno u otro tribunal; que la jurisdicción de cada tribunal sobre el representante de la insolvencia del tribunal extranjero quedaba limitada a aquellos asuntos para los cuales había comparecido ante él, y que toda paralización de las actuaciones sería coordinada entre los dos foros.

16. P. MacFadyen & Co, Ltd. (1908)[291]

En la causa *MacFadyen*, probablemente la primera causa conocida en la que se concertó un protocolo de insolvencia transfronterizo, se abrieron sendos procedimientos, en Inglaterra y en la India, contra un deudor recién fallecido. El deudor había gestionado su negocio a través de dos sociedades, una sita en Inglaterra y la otra en la India. Los representantes de la insolvencia en Inglaterra y en la India negociaron un acuerdo transfronterizo, en el que se preveía el desarrollo paralelo de los dos procedimientos abiertos, la consideración de las dos sociedades como si fueran una sola, la distribución prorrateada de los bienes entre todos los acreedores, un intercambio regularizado de información entre los representantes de la insolvencia, acerca de los créditos admitidos en cada procedimiento y debidamente reconocidos en el otro. También se encomendaba a cada representante de la insolvencia la tarea de recuperar y realizar el valor de los bienes en el territorio de su jurisdicción respectiva. La validez de ese acuerdo dependía de su aprobación judicial en Inglaterra y la India. Al dar su aprobación, el tribunal inglés respondió la impugnación por un acreedor de la competencia del representante de la insolvencia en Inglaterra para presentar ante el tribunal el acuerdo, al sostener que el acuerdo presentado era "un acuerdo comercial sensato que obraba manifiestamente en provecho de todos los interesados".

17. Manhattan Investment Fund Limited (Manhatinv) (2000)[292]

El protocolo concertado en la causa *Manhattan Investment Fund*, que concernía a los Estados Unidos y a las Islas Vírgenes Británicas, tenía varios objetivos, entre ellos, coordinar tanto la labor de localizar, reunir y vender los bienes del deudor a fin de maximizar el producto de su venta en provecho de los acreedores como las actividades del deudor y el intercambio de información (incluidas ciertas comunicaciones privilegiadas) entre los respectivos representantes de la insolvencia con objeto de economizar lo más posible y evitar toda duplicación de actividades. El protocolo regulaba detalladamente la cooperación entre los representantes de la insolvencia que se encargarían de preparar un plan de trabajo en el que se indicaran las medidas más importantes que habrían de adoptarse. En él se preveía también que las disputas entre los representantes, acerca del protocolo, habrían de resolverse por mediación.

---

[291] Re P. MacFadyen & Co, ex parte Vizianagaram Company Limited [1908] 1 K.B. 675.

[292] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 00-10922BRL (abril de 2000), High Court of Justice of the British Virgin Islands (19 de abril de 2000) y Supreme Court of Bermuda, Caso Nº 2000/37 (abril de 2000).

18. Matlack Inc. (2001)[293]

En la causa *Matlack*, un grupo de empresas de transporte a granel con operaciones en los Estados Unidos, México y el Canadá, se concertó un protocolo a efectos de coordinar los procedimientos de insolvencia abiertos en el Canadá y los Estados Unidos. Cabe calificar al protocolo como *normal* (véase nota 279 *supra*) y lleva como apéndice las *Court-to-Court Guidelines*. Con objeto de impedir toda acción reclamatoria contra los bienes del deudor, se dispuso que cada tribunal reconocería la paralización de las actuaciones ordenada por el otro. Los deudores, los acreedores y demás partes interesadas podían comparecer ante cualquiera de los dos tribunales, quedando así sometidos a la jurisdicción del tribunal ante el cual comparecieran. También se abordaban en el acuerdo la designación y remuneración del personal profesional requerido, los avisos que se habían de dar y la preservación de los derechos de los acreedores.

19. Maxwell Communication Corporation plc. (1991/1992)[294]

En la causa *Maxwell*, un solo deudor inició dos procedimientos de insolvencia principales, uno en los Estados Unidos y el otro en el Reino Unido, y se nombró a dos representantes de la insolvencia distintos, uno en cada país, con un cometido similar. Los tribunales competentes de los Estados Unidos y el Reino Unido convencieron por separado a los abogados de las partes en cada país de que la concertación de un protocolo entre las dos causas abiertas podía resolver muchos conflictos y facilitar el intercambio de información. El protocolo señaló dos objetivos para orientar a los representantes de la insolvencia: maximizar el valor de la masa de la insolvencia y coordinar las actuaciones a fin de minimizar los gastos y evitar conflictos jurisdiccionales. Las partes convinieron, básicamente, en que el tribunal estadounidense se abstendría del ejercicio de su competencia en favor del tribunal del Reino Unido, cada vez que se determinara que la cuestión suscitada respondía a ciertos criterios. Se convino en que se retendría a parte del personal de gestión a fin de preservar el valor en marcha del negocio del deudor, si bien se facultaría al representante de la insolvencia, en Inglaterra, para nombrar, con el consentimiento de su homólogo en los Estados Unidos, nuevos directivos independientes; el representante de la insolvencia en Inglaterra solo podría contraer nuevas deudas o presentar un plan de reorganización con el consentimiento previo del representante de la insolvencia en los Estados Unidos o del tribunal estadounidense; el representante inglés de la insolvencia debería dar aviso al representante de la insolvencia en los Estados Unidos antes de concertar una operación importante en nombre del deudor, si bien gozaba de autorización previa para concertar operaciones de menor cuantía. Se omitieron deliberadamente del protocolo muchas cuestiones que se irían resolviendo en el curso del procedimiento.

---

[293] Superior Court of Justice of Ontario (Canadá), Caso Nº 01-CL-4109, y United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Caso Nº 01-01114 (MFW) (2001).

[294] In re *Maxwell Communication Corporation plc.*, 93 F.3d 1036, 29 Bankr.Ct.Dec. 788 (2nd Cir. (N.Y.), 21 de agosto de 1996) (Números 1527, 1530, 95-5078, 1528, 1531, 95-5082, 1529, 95-5076 y 95-5084), y Cross-Border Insolvency Protocol and Order Approving Protocol in Re *Maxwell Communication plc.* between the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 91 B 15741 (15 de enero de 1992), y High Court of England and Wales, Chancery Division, Companies Court, Caso Nº 0014001 de 1991 (31 de diciembre de 1991).

Algunas de ellas, por ejemplo, ciertos pormenores concernientes a la distribución, se incorporaron posteriormente en un anexo del protocolo.

20. Mosaic (2002)[295]

En esta causa se habían abierto procedimientos de insolvencia paralelos en el Canadá y los Estados Unidos. Desde el comienzo, las partes consideraron que la insolvencia de la red de empresas *Mosaic* iba a exigir la celebración de vistas complicadas y contenciosas en los dos países y que era esencial establecer un marco en el cual los tribunales pudieran examinar las cuestiones concernientes a las diversas sociedades de manera independiente, si bien cooperando entre sí. El protocolo era muy parecido, tanto en la forma como en el contenido, al de *Loewen* y *Laidlaw*, especialmente las disposiciones en materia de cortesía internacional e independencia judicial, cooperación entre los tribunales, incluso en materia de vistas conjuntas, designación y remuneración de los representantes de la insolvencia, avisos, reconocimiento recíproco de la paralización de las actuaciones, solución de las controversias concernientes al protocolo, su validez y modificación, y la preservación de los derechos. El protocolo contribuyó notablemente al éxito de las ventas transfronterizas efectuadas en el curso de los procedimientos.

21. Nakash (1996)[296]

En la causa *Nakash*, que concernía a los Estados Unidos e Israel, se concertó un protocolo que tuvo que ser negociado con autorización legal expresa en Israel y con intervención directa del foro judicial competente en uno y otro país. El protocolo se centró en mejorar la coordinación de las actuaciones y la cooperación judicial y entre las partes (los protocolos anteriores enumerados en el anexo se ocupaban de las partes). A diferencia de otros casos de insolvencia para los que se habían concertado protocolos transfronterizos, en este caso no se abrieron procedimientos paralelos de insolvencia contra el mismo deudor. El conflicto o la cuestión central que se trató de resolver en el protocolo era entre el curso a dar a una sentencia dictada contra el deudor en Israel y la paralización automática resultante del procedimiento de insolvencia abierto contra el deudor, conforme al capítulo 11 en los Estados Unidos, que impedía toda medida ejecutoria contra el deudor en Israel. El deudor, que no era signatario del protocolo, se opuso a que fuera aprobado y aplicado.

22. 360Networks Inc. (2001)[297]

En la causa *360Networks* el protocolo concernía a los Estados Unidos y el Canadá. El Grupo 360 era un proveedor internacional de redes de fibra óptica integrado por más de 90 empresas con sedes en unos 33 países y unos 2.000 empleados.

---

[295] Ontario Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 02-CL-4816 (7 de diciembre de 2002), y United States Bankruptcy Court for the Northern District of Texas, Caso Nº 02-81440 (8 de enero de 2003).

[296] United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 94 B 44840 (23 de mayo de 1996), y District Court of Jerusalem (Israel), Caso Nº 1595/87 (23 de mayo de 1996).

[297] British Columbia Supreme Court, Vancouver (Canadá), Caso Nº L011792 (28 de junio de 2001), y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 01-13721-alg (29 de agosto de 2001).

Habida cuenta de que la mayor parte de sus bienes y de sus empleados se encontraban en el Canadá y los Estados Unidos, se abrieron procedimientos de insolvencia en los dos países. Entre las providencias iniciales figuraba la aprobación de un protocolo transfronterizo *normal* (véase nota 279 *supra*) destinado a promover una administración ordenada, eficiente, equitativa y transparente de la masa de la insolvencia, así como a respetar la independencia e integridad de cada uno de los dos foros competentes, fomentar la cooperación internacional y el respeto de la cortesía internacional entre los tribunales canadiense y estadounidense y todo otro tribunal extranjero, e instituir un marco de principios generales para resolver toda cuestión administrativa dimanante del carácter transfronterizo de las actuaciones. Para lograr esos objetivos, el protocolo preveía, entre otras cosas, la coordinación y cooperación entre los tribunales, especialmente en materia de vistas conjuntas, los avisos, la designación y remuneración del personal profesional, el reconocimiento mutuo de la paralización de las actuaciones, la apertura de procedimientos en el extranjero y la solución de las controversias relativas al protocolo. Sin embargo, los dos procesos de reestructuración fueron avanzando relativamente al margen del protocolo. Se presentaron planes muy parecidos en los dos foros, cada uno de ellos supeditado a la aprobación del otro. Pese a estar prevista la celebración de vistas conjuntas, no se celebró ninguna.

23. Nortel Networks Corporation (2009)[298]

En la causa *Nortel Networks* se abrieron dos procedimientos de insolvencia paralelos, uno en los Estados Unidos y el otro en el Canadá, para los miembros de un importante grupo de telecomunicaciones con sede en el Canadá y con sucursales y filiales en todo el mundo. Pese a que las empresas declaradas insolventes en los Estados Unidos y en el Canadá eran sociedades distintas, se concertó un protocolo, al abrirse los procedimientos, para dar curso a trámites administrativos, coordinar las actuaciones y amparar los derechos de los interesados. El protocolo fue aprobado por los tribunales en un solo día. Cabe calificar el protocolo como *normal* (véase nota 279 *supra*), al prever su texto la cortesía judicial internacional, la independencia de los tribunales, la cooperación en orden al curso normal de las actuaciones y las vistas, lo relativo a la validez y la modificación del propio protocolo, la solución de las controversias concernientes al protocolo, y al remitir su texto a las *Court-to-Court Guidelines*. Al igual que en *Pope & Talbot*, el protocolo especificaba que cuando se suscitara una cuestión de competencia respecto de cualquiera de los dos tribunales, el tribunal afectado podría ponerse en contacto con el otro para concertarse acerca del procedimiento a seguir para determinar la competencia de cada tribunal. En el protocolo se indicaba además que los tribunales podrían concertarse para determinar que toda otra cuestión transfronteriza que se suscitara en el curso de las actuaciones sería resuelta con arreglo a los principios enunciados en su texto.

[298] Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 09-CL-7950 (14 de enero de 2009), y United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Caso Nº 09-10138 (KG) (15 de enero de 2009).

24. Olympia & York Developments Limited (1993)[299]

La causa *Olympia & York* concernía a una sociedad matriz canadiense y sus sucursales, que realizaban operaciones principalmente en el Canadá, los Estados Unidos y el Reino Unido. Se redactó un protocolo con objeto de armonizar los intereses de las partes, particularmente los del representante de la insolvencia en el Canadá y los de los deudores en posesión del negocio en los Estados Unidos, y de crear un consenso entre las diversas partes interesadas con respecto a la gestión empresarial del deudor mediante la reconstrucción del consejo o directorio de cada empresa. El protocolo se ocupaba de la composición, las facultades y las funciones del consejo o junta directiva y de la destitución y reelección de los miembros del consejo o junta directiva, así como de la modificación y aprobación del propio protocolo. El protocolo *Olympia & York Developments Limited* dio lugar a una reorganización rápida y eficiente de las empresas deudoras, al permitir que el personal directivo de las empresas deudoras en los Estados Unidos siguiera en funciones.

25. Peregrine Investments Holdings Limited (1999)[300]

En la causa *Peregrine*, la empresa deudora fue creada en las Bermudas y tenía su establecimiento principal en la Región Administrativa Especial (RAE) de Hong Kong, donde se abrió un procedimiento de insolvencia. Poco tiempo después también se abrió otro procedimiento en las Bermudas, principalmente para evitar conflictos jurisdiccionales y para dotar a los representantes de la insolvencia nombrados en la RAE de Hong Kong de plenos poderes en otros países y respecto de los bienes sitos fuera de Hong Kong. Se nombraron en los dos procedimientos los mismos representantes de la insolvencia, salvo una persona nombrada únicamente para el procedimiento abierto en las Bermudas, pero todos ellos trabajaban en el mismo bufete o estudio jurídico internacional. Se concertó un protocolo con objeto de conciliar y coordinar las actuaciones, garantizar la marcha ordenada y eficiente de los procedimientos en los dos países, localizar y conservar los bienes del deudor en todo el mundo y maximizar el producto de su venta en provecho de todos los acreedores y demás interesados, así como para facilitar el intercambio de información. Se determinaba que el procedimiento abierto en las Bermudas sería tenido por principal, mientras que el abierto en la RAE de Hong Kong sería tenido por no principal. No obstante, la liquidación de la mayor parte de los bienes del deudor se llevaría a cabo en y desde la RAE de Hong Kong, habida cuenta de que allí es donde habría estado y seguía estando radicado el negocio del deudor. Se señalaban las cuestiones que se gestionarían en la RAE de Hong Kong, a saber, la admisión de los créditos y la distribución de los dividendos entre los acreedores. También se definían los derechos y facultades de los representantes de la insolvencia con respecto al intercambio de información, la tasación de las costas y la presentación de solicitudes ante los tribunales. Al igual que los protocolos *AKAI* y *GBFE*, el protocolo ofrecía formularios para la tramitación procesal de los créditos.

---

[299] Ontario Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº B125/92 (26 de julio de 1993), y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 92-B-42698-42701 (15 de julio de 1993) (Reasons for Decision of the Ontario Court of Justice: (1993), 20 C.B.R. (3d) 165).

[300] High Court of the Hong Kong Special Administrative Region, HCCW Companies (Winding-up), Nº 20 de 1998, y Supreme Court of Bermuda Companies (Winding-up), Nº 15 de 1998 (1999).

26. Philip Services Corporation (1999)[301]

Esta fue la primera causa en la que se prenegoció un plan de reorganización[302]. Previo a la apertura del procedimiento de insolvencia, el deudor negoció un plan de reorganización con sus acreedores durante varios meses con la intención de que, una vez aprobado por los tribunales, el plan se aplicara en los dos foros. Como en la causa *Loewen*, se presentó un protocolo completo que fue aprobado por los tribunales a título de providencia inicial. Este caso se ha citado como ejemplo de un protocolo que prevé la armonización y coordinación general y completa de las actuaciones transfronterizas, en consonancia con los principios del *Concordat* (a diferencia del protocolo de alcance muy limitado concertado en la causa de *Tee-Comm. Electronics* (véase párrafo 36 *infra*). Sus rasgos permiten calificarlo como un protocolo *normal* (véase nota 279 *supra*). Los objetivos amplios del protocolo abarcaban los siguientes aspectos: promover la administración ordenada, eficiente, equitativa y transparente de la masa de la insolvencia; respetar los principios de independencia e integridad judiciales; fomentar la cooperación y la observancia de cortesía judicial internacional, e instituir un marco de principios generales para resolver toda cuestión administrativa dimanante del carácter transfronterizo de las actuaciones. Para lograr esos objetivos, el protocolo abordaba, entre otras cosas, cuestiones relativas a la coordinación y cooperación entre los tribunales, la designación y remuneración del personal profesional y el reconocimiento mutuo de toda paralización de las actuaciones. Con arreglo al protocolo, los tribunales también convenían en cooperar entre sí, en la medida de lo posible, en la coordinación de la admisión y reconocimiento de los créditos y en la organización de votaciones y la confirmación del plan.

27. Pioneer Companies Inc.[303]

En la causa *Pioneer* se abrió un procedimiento de insolvencia en los Estados Unidos contra una multinacional estadounidense y algunas de sus sucursales y filiales directas e indirectas y un procedimiento en el Canadá contra una sucursal canadiense que también era empresa deudora en las actuaciones de los Estados Unidos. En el protocolo se reconocía que redundaría en provecho de las empresas deudoras y sus accionistas que el tribunal estadounidense se hiciera cargo de la administración principal de la reorganización y se establecían principios generales para la admisión de los créditos, en particular en lo que respecta a la prueba de su validez.

---

[301] United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Caso Nº 99-B-02385 (28 de junio de 1999), y Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 99-CL-3342 (25 de junio de 1999).

[302] Se trata de un método, permitido en algunos países, por el que se negocia un plan de reorganización a título voluntario antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, plan este que posteriormente deberá ser aprobado por el tribunal competente.

[303] Quebec Superior Court (Re *PCI Chemicals Canada Inc.*) (Canadá), Caso Nº 5000-05-066677-012 (1 de agosto de 2001), y United States Bankruptcy Court for the Southern District of Texas (Re *Pioneer Companies Inc.*), Caso Nº 01-38259 (1 de agosto de 2001).

28. Pope & Talbot Inc. (2007)[304]

En la causa *Pope & Talbot* se abrieron dos procedimientos de reorganización paralelos en los Estados Unidos y en el Canadá respecto de una sociedad matriz dedicada al negocio de la madera y del papel a través de varias filiales sitas en el Canadá y en los Estados Unidos y con bienes importantes ubicados en uno y otro país. Las sociedades deudoras concertaron un protocolo para armonizar y coordinar las actuaciones en los dos países, dotándolas de transparencia a fin de asegurar un trato equitativo de los interesados en ambos Estados. Cabe calificar al instrumento así concertado como un protocolo *normal* (véase nota 279 *supra*) al igual que el concertado en *Laidlaw*, *Loewen* y *Mosaic* y su texto hacía remisión a las *Court-to-Court Guidelines*. Sus cláusulas regulaban la cooperación entre los procedimientos, el reconocimiento recíproco de toda paralización de las actuaciones ordenada por uno de los tribunales, el derecho a comparecer, la designación y remuneración de los representantes y otros profesionales, los requisitos en materia de avisos, la validez y modificación del protocolo, la solución de controversias y la preservación de derechos. Al igual que en la causa *Nortel Networks*, una de sus cláusulas facultaba a los tribunales para resolver de consuno toda cuestión de competencia suscitada en uno u otro procedimiento. Se disponía asimismo que toda operación de venta, arriendo o uso de bienes corporales de una empresa deudora, que fuera ajena al curso normal del negocio, estaría sujeta únicamente a la aprobación del foro competente en el país donde el bien estuviera ubicado, salvo que el bien así enajenado fuera una instalación industrial de la empresa deudora. El representante canadiense de la insolvencia expresó reparos respecto de esa cláusula por estimar que exigir la aprobación de los dos tribunales para la venta de papeleras daría lugar a gastos y retrasos innecesarios y a la duplicación de ciertas actuaciones. Los tribunales convinieron, en el curso de una vista conjunta, que dicho requisito facilitaría la adopción de una decisión acertada respecto de la venta de ese tipo de bienes.

29. PSINet Inc. (2001)[305]

En la causa *PSINet* se abrieron procedimientos de insolvencia en el Canadá y los Estados Unidos. El protocolo, que se concertó con objeto de coordinar los procedimientos abiertos en los dos países, abordaba ciertos problemas relacionados con la insolvencia transfronteriza y la reestructuración, planteados por la índole de las operaciones comerciales de las empresas deudoras en los Estados Unidos y el Canadá y la interrelación e interdependencia de las líneas de comunicación comerciales y cibernéticas internacionales del grupo, que exigían la asistencia de los dos tribunales para poderse resolver de forma equitativa y eficiente. Esas cuestiones abarcaban la aprobación de la venta de bienes, la distribución del producto de la venta, el tratamiento de los créditos entre las empresas del grupo y la aprobación y ejecución de todo plan de reorganización en que fueran parte los deudores de cada país. En el protocolo se establecían directrices con respecto a esas cuestiones, que debían determinarse y resolverse mediante la celebración de vistas conjuntas de los

[304] Supreme Court of British Columbia, Vancouver (Canadá), Caso Nº SO77839 (14 de diciembre de 2007), y United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Caso Nº 07-11738.

[305] Ontario Superior Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 01-CL-4155 (10 de julio de 2001), y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Caso Nº 01-13213 (10 de julio de 2001).

tribunales, y se autorizaba el recurso a las *Court-to-Court Guidelines*. El protocolo preveía asimismo que ciertas cuestiones, concernientes a bienes de equipo que fueran propiedad de terceros o estuvieran sujetos a arrendamiento financiero y a bienes raíces, habrían de ser resueltas por el foro competente del país en donde esos bienes o equipo estuvieran ubicados. El protocolo fue un factor clave en lo que respecta a la venta de los bienes que poseía *PSINet* en el Canadá.

30. Progressive Moulded Products Limited[306]

En la causa *Progressive Moulded Products*, un grupo fabricante de piezas para vehículos automotores en los Estados Unidos y en el Canadá, se concertó un protocolo para coordinar los procedimientos de insolvencia abiertos en el Canadá y en los Estados Unidos. Cabe catalogar este protocolo en el grupo de los denominados protocolos *normales* (véase nota 279 *supra*), al igual que los protocolos *Nortel Networks* y *Pope & Talbot*. Dicho protocolo fue aprobado a poco de abrirse los procedimientos y regulaba cuestiones como la cooperación, la celebración de vistas conjuntas, el reconocimiento recíproco de toda paralización de actuaciones, el derecho a comparecer y ser oído, la validez y la modificación del propio protocolo, y la vía para resolver disputas acerca del protocolo. El protocolo hacía asimismo remisión a las *Court-to-Court Guidelines*.

31. Quebecor World Inc. (2008)[307]

En la causa *Quebecor* se abrieron procedimientos paralelos en los Estados Unidos y el Canadá. Las empresas deudoras propusieron que se aprobara un protocolo al iniciarse los procedimientos, a título de providencia inicial, ya que preveían la necesidad de que los tribunales se comunicaran entre sí y celebraran vistas conjuntas con objeto de facilitar las actuaciones, dada la magnitud de las operaciones de los deudores en los dos países. El tribunal estadounidense aplazó la aprobación del protocolo para dar tiempo para que se creara un comité de acreedores y brindarle la oportunidad de formular observaciones al respecto. Eso dio lugar a la modificación del protocolo original con objeto de regular más en detalle los avisos, prever la presentación conjunta de créditos, definiendo los plazos, el procedimiento, la competencia y la ley aplicable para solventar los créditos entre las empresas presentados por los acreedores de los deudores en los dos procedimientos, y detallar los procedimientos que habrían de observarse cuando se considerara que las medidas cautelares solicitadas en un Estado podrían repercutir notablemente en otros Estados. El protocolo también se remitía a las *Court-to-Court Guidelines*. Se celebraron vistas conjuntas con miras a la aprobación de la venta de las operaciones europeas de los deudores, lo que dio lugar a la pronta adopción de decisiones por parte de cada uno de los tribunales en lo que respecta a aprobar la venta.

---

[306] Ontario Superior Court of Justice, Commercial List, Caso Nº CV-08-7590-00CL (24 de junio de 2008), y United States Bankruptcy Court for the District of Delaware, Caso Nº 08-11253 (KJC) (14 de julio de 2008).

[307] Montreal Superior Court, Commercial Division (Canadá), Nº 500-11-032338-085, y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, Nº 08-10152 (JMP) (2003).

32. SENDO International Limited (2006)[308]

En la causa *SENDO* se había abierto el procedimiento de insolvencia principal en el Reino Unido y el no principal en Francia. El procedimiento no principal se abrió a instancia del representante de la insolvencia del procedimiento principal y en atención a los empleados que tenía SENDO en Francia. El nuevo procedimiento permitía que esos empleados se acogieran al régimen de la insolvencia francés, más favorable para ellos que el inglés, y que el representante de la insolvencia en Francia vendiera los bienes sitos en territorio francés e hiciera constar los créditos pendientes de cobro presentados por los acreedores franceses y extranjeros de SENDO. Los representantes de la insolvencia de los dos procedimientos concertaron un acuerdo para coordinar los dos procedimientos y observaron que el Reglamento del Consejo Europeo se limitaba a enunciar principios operativos muy generales. En dicho acuerdo los representantes de la insolvencia convenían en aplicar esos principios en un espíritu de confianza mutua, observando el deber de informar y cooperar debidamente definido en el artículo 31 del Reglamento del Consejo Europeo, dando precedencia al procedimiento principal sobre el no principal. El acuerdo contenía disposiciones sobre la admisión y el reconocimiento de créditos y sobre la práctica a seguir para la verificación de los créditos, la asignación de las costas judiciales y el tratamiento de los bienes de la filial francesa del deudor.

33. Solv-Ex Canada Limited and Solv-Ex Corporation (1998)[309]

En la causa *Solv-Ex*, que dio lugar a la apertura de procedimientos en los Estados Unidos y el Canadá, los dos foros competentes habían dictado decisiones contradictorias que, de hecho, habían paralizado las actuaciones. Tras negociaciones celebradas entre las partes interesadas se organizaron actuaciones simultáneas, conectadas por vía telefónica, para aprobar la venta de los bienes del deudor. Los tribunales llegaron a conclusiones idénticas con respecto a la autorización de la venta y alentaron a las partes a negociar un protocolo transfronterizo que rigiera las actuaciones subsiguientes. Las cuestiones procesales concertadas entre las partes preveían que se presentaran documentos idénticos ante uno y otro foro y facultaban a los presidentes de los tribunales para consultarse mutuamente sin que hubieran de estar presentes los abogados de los interesados, a fin de a) ponerse de acuerdo con respecto a las directrices para las vistas que hubieran de celebrarse y b) determinar la posibilidad de llegar a pronunciar fallos mutuamente compatibles. El protocolo negociado preveía además la venta de los bienes y la tramitación de los créditos. Posteriormente, los tribunales aprobaron el protocolo.

34. Swissair Schweizerische Luftverkehr AG (2003)[310*]

Se abrieron procedimientos de insolvencia en Suiza contra varias sociedades del grupo *Swissair*. A fin de proteger la masa patrimonial de dichas sociedades en el

---

[308] Procedimientos de insolvencia ante la High Court of Justice, Chancery Division of London (Reino Unido) y el Tribunal Comercial de Nanterre (Francia) (2006).

[309] Alberta Court of Queen's Bench, Caso Nº 9701-10022 (28 de enero de 1998), y United States Bankruptcy Court for the District of New Mexico, Caso Nº 11-97-14362-MA (28 de enero de 1998).

[310] Se abrieron procedimientos de insolvencia ante los tribunales comarcales de Bülach (Swissair y otros miembros del Grupo (SAirGroup)), Zurich (SAirGroup) y ante la High Court of England and Wales, Chancery Division in London, Caso Nº 2344 de 2002 (18 de febrero de 2003).

extranjero, se abrieron también procedimientos en otros países, entre ellos Inglaterra. En aras de la coordinación, los representantes de la insolvencia suizo e inglés concertaron un protocolo. Dicho protocolo preveía la realización del valor de los bienes, el pago de las obligaciones pendientes, de las costas y de los gastos, y el intercambio de información, así como la admisión y el reconocimiento de los créditos de los acreedores. Tenía por objeto evitar la duplicación de la labor, al tiempo que se amparaban los derechos de los acreedores y se respetaba el orden de prelación establecido.

35. Systech Retail Systems Corp. (2003)[311]

En la causa *Systech Retail Systems* se habían abierto procedimientos de insolvencia en los Estados Unidos y el Canadá con respecto a un importante proveedor de servicios para establecimientos de venta al por menor que trabajaba a través de diversas sucursales y filiales canadienses y estadounidenses. Las empresas deudoras concertaron un protocolo previendo ciertas prácticas administrativas básicas destinadas a coordinar las actuaciones en los dos países. Se concertó un protocolo *normal* (véase nota 279 *supra*) con disposiciones en materia de cortesía internacional e independencia judicial, y relativas a la cooperación, designación y remuneración de los representantes de la insolvencia y otros profesionales, la práctica del aviso, el reconocimiento conjunto de la paralización de las actuaciones con arreglo al derecho interno de los dos países, el derecho a comparecer y a ser oído ante los tribunales y la solución de las controversias concernientes al protocolo. También se remitía a las *Court-to-Court Guidelines*. Tras la aprobación del protocolo por los dos tribunales se celebró una vista conjunta de conformidad con esas directrices a efectos de resolver y coordinar varias cuestiones transfronterizas que se planteaban.

36. Tee-Comm. Electronics Inc. (1997)[312]

Cabe calificar el protocolo concertado en la causa de *Tee-Comm. Electronics*, concerniente a los Estados Unidos y el Canadá, como un protocolo para fines especiales. El marco establecido por ese protocolo permitía que los administradores nombrados en uno y otro país vendieran conjuntamente los bienes del deudor a fin de maximizar el producto de esa venta. Por consiguiente, solo preveía dicha venta, que era la cuestión esencial al abrirse los procedimientos, pero no otras cuestiones, como la determinación de los beneficiarios de la distribución del producto de dicha venta.

37. United Pan-Europe Communications N.V. (2003)[313]

En esta causa, el deudor era una empresa importante de televisión por cable y telecomunicaciones establecida en los Países Bajos con participaciones en el capital social de filiales directas e indirectas, algunas de ellas en los Estados Unidos. Se abrieron procedimientos de insolvencia en los Estados Unidos y los Países Bajos.

---

[311] Ontario Court of Justice, Toronto (Canadá), Caso Nº 03-CL-4836 (20 de enero de 2003), y United States Bankruptcy Court for the Eastern District of North Carolina, Raleigh Division, Caso Nº 03-00142-5-ATS (30 de enero de 2003).

[312] *In re AlphaStar Television/Tee-Comm Distribution, Inc.*, Ontario Court of Justice (Canadá), y United States Bankruptcy Court for the District of Delaware (27 de junio de 1997).

[313] Foro de Amsterdam (Rechtbank) y United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (Caso Nº 02-16020).

Como el abogado del deudor en este último país opinaba que el derecho interno del país no admitía la concertación de un protocolo, los abogados del deudor en los dos países actuaron en estrecha colaboración, sin concertar acuerdo escrito alguno, concertándose a medida que fueron surgiendo problemas en el curso de los procedimientos, para garantizar que todas las decisiones estuvieran en consonancia con el derecho interno de uno y otro país. En las deliberaciones participaron los dos representantes de la insolvencia. Dicha coordinación preveía el suministro continuo de información a los tribunales y a los representantes de la insolvencia, la designación y remuneración de los abogados y de los representantes de la insolvencia, la convocatoria de candidatos en ambos casos, la venta de los bienes y un plan de reorganización. Gracias a esa coordinación, las actuaciones concluyeron el mismo día en los dos países.

A/CN.9/WG.V/WP.86/Add.1 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre el proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1
II.	Recopilación de las observaciones recibidas de gobiernos	2-45
	A. Australia	2-17
	B. Canadá	18
	C. República Checa	19-21
	D. República Federal de Alemania	22
	E. Indonesia	23-31
	F. Letonia	32-37
	G. Noruega	38-41
	H. Singapur	42
	I. Suiza	43-45

I. Introducción

1. En preparación del 36º período de sesiones del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), a petición del Grupo de Trabajo se distribuyó entre todos los gobiernos el proyecto de notas sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza, a fin de que presentaran observaciones (véase A/CN.9/666, párrafo 22). A continuación se reproduce el contenido de las observaciones recibidas hasta el 27 de febrero de 2009 que se refieren específicamente al texto del proyecto de notas.

II. Recopilación de las observaciones recibidas de gobiernos

A. Australia

Observaciones generales sobre el proyecto de notas

2. En general, Australia considera que el proyecto de notas brinda una valiosa orientación a los profesionales de la insolvencia y a los jueces. El documento resulta particularmente útil en lo que respecta a las cuestiones que los profesionales de la insolvencia deben tomar en consideración al administrar asuntos que pueden regirse por regímenes concurrentes reconocidos por la Ley Modelo. En general, en el proyecto de notas se resumen óptimamente las cuestiones pertinentes y se ayuda a los jueces y profesionales a seguir la evolución del derecho en otros ordenamientos jurídicos del mundo.

3. Australia toma nota de que la Ley Modelo y el proyecto de notas señalan el comienzo de una nueva etapa en que se hace abstracción de las administraciones limitadas a un territorio. En el ordenamiento de un país se reconocerá un procedimiento de insolvencia extranjero si entra en la amplia definición de "procedimiento de insolvencia", si se dan datos adecuados al respecto y si la solicitud se presenta ante el tribunal nacional competente. Una vez cumplidos estos requisitos, el procedimiento extranjero será reconocido en el ordenamiento del país y el tribunal nacional será competente para otorgar medidas en relación con el caso. Tanto la Ley Modelo como el proyecto de notas promueven y facilitan la cooperación y la coordinación entre ordenamientos jurídicos.

4. Australia observa que, a grandes rasgos, el proyecto de notas parece dar por sentado que el profesional encargado de la insolvencia es un representante del tribunal o que, al menos, el tribunal interviene directamente en la administración de la insolvencia. Con este enfoque se ha tenido en cuenta el régimen jurídico aplicable en muchos países. Sin embargo, ese criterio no refleja los regímenes de la insolvencia de personas y empresas en Australia. Somos conscientes de que en todo documento de esta índole (particularmente si contiene cláusulas modelo que traten de indicar el modo de aplicación de principios generales) se darán explicaciones que no siempre se ajustarán bien a las situaciones que se den en los países y a sus regímenes jurídicos. No obstante, Australia sugiere que en el proyecto de notas se mencione explícitamente el hecho de que en algunos ordenamientos los tribunales no desempeñan ningún papel en la administración cotidiana de las insolvencias. Australia sugiere también que en el proyecto de notas se indique que tal vez sea necesario modificar el contenido propuesto de los acuerdos entre tribunales o entre representantes de la insolvencia a fin de adaptarlos a las condiciones del país interesado.

5. Australia reconoce que los criterios que se adopten respecto de las cuestiones planteadas en el proyecto de notas dependerán en gran medida de los hechos que caractericen a cada caso, lo cual está expresamente reconocido en el documento. Con la inclusión en el texto de posibles soluciones de casos reales los expertos disponen de un valioso material de referencia.

6. Dado que el proyecto de notas trata de la coordinación y de la comunicación entre profesionales de la insolvencia, Australia no sugiere que se introduzcan otras enmiendas en el texto.

Observaciones detalladas sobre el proyecto de notas

Parte 1

7. En la primera parte del proyecto de notas se analiza la creciente importancia que tienen la coordinación y la cooperación en los casos de insolvencia transfronteriza.

8. Uno de los posibles riesgos de la falta de coordinación entre los casos de insolvencia transfronteriza es la pérdida de valor de los bienes. Las diferencias entre los regímenes de los países también pueden repercutir en la administración de los bienes del deudor. Australia considera que el proyecto de notas brinda a los profesionales de la insolvencia una útil orientación para abordar los casos de insolvencia transfronteriza.

9. Australia considera positivo que se mejoren los procesos de comunicación entre tribunales, que se dé un trato equitativo a todas las partes interesadas en un caso y que se facilite el acceso de las partes extranjeras a los tribunales australianos en pie de igualdad con las partes interesadas australianas.

10. Además, el Gobierno de Australia ve con buenos ojos los objetivos consistentes en:

- mejorar el acceso a los tribunales;
- reconocer los procedimientos de insolvencia extranjeros;
- simplificar los procedimientos de reconocimiento;
- fomentar la transparencia en los procedimientos que deben seguir los acreedores extranjeros para tener acceso a los tribunales;
- permitir que los tribunales y los representantes extranjeros cooperen eficazmente; y en
- establecer normas para coordinar las medidas otorgables respecto de dos o más procedimientos de insolvencia.

Parte II

Tratamiento de los créditos exigibles

11. En la insolvencia es preciso regular varios aspectos de los derechos de los acreedores. La cuestión de qué acreedores podrán votar en el procedimiento y de cómo podrán hacerlo, así como la de la forma en que se distribuirán los eventuales fondos disponibles, dependen de que se proceda debidamente a la comunicación, la verificación y el reconocimiento de los créditos. La función asignada a los tribunales puede variar de un ordenamiento jurídico a otro. El Gobierno de Australia reconoce este hecho y es partidario de que se celebren acuerdos para abordar esas dificultades.

Paralización de procedimientos

12. En las insolvencias transfronterizas con múltiples procedimientos se plantean difíciles problemas en lo que respecta a las órdenes de suspensión o paralización dictadas por tribunales extranjeros en procedimientos extranjeros o a las órdenes de suspensión emitidas en procedimientos paralelos para apoyar procedimientos extranjeros. La Ley Modelo prevé la paralización automática del reconocimiento de procedimientos extranjeros y la coordinación de las medidas otorgables entre un procedimiento principal y un procedimiento no principal. La cooperación es indispensable en los aspectos en que pueden surgir conflictos. El Gobierno de Australia apoya este enfoque.

Comunicación entre los tribunales

13. La comunicación entre los tribunales es importante para potenciar al máximo la función de supervisión que los tribunales desempeñan en la insolvencia. La coordinación entre los tribunales puede reducir las demoras y los costos y contribuir a la coherencia en el trato otorgado a acreedores de un nivel similar. El Gobierno de Australia reconoce este problema y está de acuerdo con la importancia que tienen los acuerdos entre tribunales para resolver esas cuestiones. Además, la comunicación entre representantes de la insolvencia puede ser importante para facilitar los procedimientos.

14. Sería conveniente dar una mayor concisión al proyecto de notas y tal vez cabría suprimir algunas de las sugerencias en las que no se ponen de relieve cuestiones específicas de la Ley Modelo sino principios generales de redacción y prácticas óptimas. Por ejemplo, las sugerencias de que:

- "Una breve relación del desarrollo de la insolvencia pudiera dar mayor claridad al caso y facilitar la comprensión del acuerdo. En muchos acuerdos, tras nombrarse las partes en el mismo, se describen brevemente los procedimientos de insolvencia ya abiertos o por abrir. Los detalles varían de un acuerdo a otro, indicándose en ocasiones las fechas y los lugares de la solicitud de apertura, las órdenes judiciales emitidas y otras actuaciones"; y de que
- "Entre las reglas de interpretación usualmente incluidas cabe citar, por ejemplo, la de que todo término utilizado en singular se entenderá referido también al plural y viceversa; la de que los títulos se insertan para dar mayor claridad al texto, pero sin que deba asignárseles ningún significado especial, y la de que, cuando proceda, toda mención de una de las partes deberá entenderse referida también al sucesor o al cesionario de dicha parte y todo empleo del género masculino se entenderá referido también a los géneros femenino y neutro".

15. El proyecto de notas contiene también largas "cláusulas modelo" para los acuerdos de insolvencia transfronteriza (por ejemplo, las expuestas en las páginas 39 a 41) y, además, determina de forma general las cuestiones que podrían o deberían tratarse en esos acuerdos. El Gobierno de Australia se pregunta si esos largos ejemplos podrían trasladarse a una guía general que fuera apoyada por la CNUDMI. Más que en el proyecto de notas, esos detalles podrían exponerse y

precisarse en textos jurídicos y textos sobre prácticas seguidas en la insolvencia, concretamente en casos de insolvencia transfronteriza.

Conclusión

16. El fomento del acceso a procedimientos extranjeros y el reconocimiento de estos es una medida necesaria para garantizar la igualdad de tratamiento entre deudores y acreedores nacionales y extranjeros. Si bien la legislación australiana sobre la insolvencia de personas y empresas impone a los tribunales del país la obligación de cooperar con los tribunales de una serie de determinados países, no cabe duda de que la aplicación de la Ley Modelo, complementada con el proyecto de notas, contribuirá a incrementar las oportunidades de que esos procesos se hagan extensivos a otros países.

17. Australia acoge con beneplácito el proyecto de notas y considera en general que será un valioso recurso para los profesionales de la insolvencia que deban ocuparse de procedimientos transfronterizos.

B. Canadá

18. La nota de la Secretaría A/CN.9/WG.V/WP.83 es un documento sólido y exhaustivo que ayuda a comprender el modo en que se aborda, en los distintos ordenamientos jurídicos, el tema de la cooperación, la comunicación y la coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza. Este documento debería mantenerse al margen de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, pues, como documento de referencia, tiene una utilidad más amplia en el contexto de la insolvencia y no se limita a la cuestión de los grupos de empresas. Conviene señalar que es importante ser flexible con los protocolos y con su contenido, pero también deben tenerse presentes las cuestiones que podrían afectar a su neutralidad.

C. República Checa

19. A raíz de las respuestas recibidas, el Gobierno de la República Checa se ha percatado de que los tribunales y los jueces del país no tienen experiencia al respecto. La mayoría de ellos pusieron de relieve la inexistencia de comercio electrónico y de registros de la insolvencia, en particular en los Estados miembros de la Unión Europea.

20. Debido a su falta de experiencia en la práctica, los jueces y tribunales checos desconocían los métodos para facilitar los acuerdos transfronterizos. Sin embargo, han apoyado la idea de que se recurra a esos acuerdos para promover la coordinación eficaz entre múltiples procedimientos entablados contra el deudor y para ayudar a aclarar las expectativas de las partes.

21. Al margen de esto, no tenemos ningún comentario relevante que hacer sobre el proyecto de notas de la CNUDMI.

D. República Federal de Alemania

22. (...) Aparte de agradecer a la Secretaría que haya comunicado a los Estados miembros el texto del proyecto de notas sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza, la República Federal de Alemania no tiene ninguna otra observación que formular sobre ese documento.

E. Indonesia

I. Observaciones generales

23. El problema de la insolvencia transfronteriza se plantea cuando se declara insolvente a una empresa transnacional en un país y esta empresa tiene una o varias filiales en otro país que se han constituido conforme al derecho interno de este. Por lo general, los países prevén en sus legislaciones que las sentencias dictadas por sus tribunales en materia de insolvencia son aplicables a todos los bienes que sean propiedad del deudor, inclusive los bienes situados en otros países. El problema se plantea cuando un país aplica el principio de la universalidad con respecto a las sentencias dictadas por sus tribunales, pero se opone a la ejecución en su país de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. También se planteará un problema cuando un país acepte que una sentencia de insolvencia dictada por un tribunal nacional únicamente sea aplicable a los bienes situados en su territorio, ya que, en tal caso, el acreedor no podrá obtener todos los bienes del deudor.

24. La Ley sobre la Insolvencia (Ley Nº 37/2004 sobre la Insolvencia y el Aplazamiento de la Obligación de Pago de Deudas) de Indonesia no aborda específicamente la insolvencia transfronteriza. No obstante, en su artículo 212 se dispone que todo acreedor concurrente que, tras ser declarado insolvente, utilice los bienes que tenga en el extranjero para pagar sus deudas, deberá reembolsar el importe de los fondos que haya tomado de la masa de su insolvencia. Esto implica que las sentencias sobre insolvencia en Indonesia son aplicables a los ordenamientos jurídicos extranjeros, aunque en un contexto muy restringido.

25. En el caso de una decisión judicial en materia de insolvencia dictada por un tribunal extranjero que deba ejecutarse en otro país, en el que se encuentren los bienes del deudor, la mayoría de los países no permiten a sus tribunales ejecutar las sentencias de tribunales extranjeros por considerar que con ello se viola el principio de la soberanía. Así ocurre también en Indonesia, en virtud de cuyo derecho privado no pueden reconocerse ni ejecutarse en el país las sentencias de tribunales extranjeros.

26. A fin de obviar ese obstáculo se han realizado esfuerzos para armonizar las legislaciones sobre insolvencia transfronteriza, de modo que los tribunales de un país puedan reconocer y ejecutar las sentencias de tribunales extranjeros. A este respecto cabe citar el texto de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, así como los tratados multilaterales y bilaterales, que permiten la cooperación en la ejecución de sentencias en materia de insolvencia.

27. El proyecto de notas de la CNUDMI constituye uno de los medios para facilitar la coordinación y cooperación para la ejecución de este tipo de sentencias, a cuyo efecto dan orientación práctica a los profesionales de la insolvencia sobre el

modo de abordar los procesos, concretamente en los casos de insolvencia transfronteriza.

II. Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza

28. La Ley sobre la Insolvencia de Indonesia no ha adoptado las disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza; de hecho, no contiene ninguna disposición que regule los procedimientos de este tipo de insolvencia. Para empezar, los tribunales del país carecen de experiencia en casos de insolvencia transfronteriza.

29. A fin de facilitar el contacto directo entre los tribunales al plantearse casos de insolvencia transfronteriza, es preciso establecer un marco jurídico nacional con arreglo al cual los tribunales del país puedan prestar asistencia a los tribunales extranjeros. Normalmente, en el contexto de la asistencia judicial recíproca entre países, un tribunal puede prestar asistencia por conductos diplomáticos o a través de una autoridad central especialmente encargada de facilitar la asistencia judicial recíproca a nivel internacional.

III. El acuerdo transfronterizo

30. En un acuerdo transfronterizo, las partes interesadas en un caso de insolvencia de esta índole convienen en cooperar o coordinar el proceso de insolvencia en distintos países en lo que respecta a un determinado deudor. Habida cuenta de que tales acuerdos son concertados por personas cuya función es administrar la masa de la insolvencia, y no por los Estados, no parece seguro que un acuerdo transfronterizo sea vinculante para el Estado o para sus instituciones que intervengan en el proceso de insolvencia. Este tipo de acuerdo no es más que un contrato que vincula a las partes y que no obliga a las instituciones estatales.

31. Los acuerdos transfronterizos solo serían vinculantes para el Estado cuando existiera un tratado internacional de ámbito general, bilateral o multilateral, que previera expresamente el reconocimiento y la ejecución de las sentencias de tribunales extranjeros en materia de insolvencia. Por consiguiente, para promover el proceso de insolvencia transfronteriza no basta con que haya un acuerdo transfronterizo; el acuerdo tiene que estar también respaldado por tratados internacionales.

F. Letonia

32. El Ministerio de Justicia ha examinado el proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza (A/CN.9/WG.V/WP.83) (en adelante, “el proyecto de documento”) y desearía expresar su opinión al respecto. El proyecto de documento se ha concebido como guía legislativa para regular los casos de insolvencia transfronteriza y como complemento de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997) (en adelante, “la Ley Modelo”). En el proyecto de documento se citan ejemplos prácticos de casos de insolvencia y extractos de otras decisiones normativas, por ejemplo, el Reglamento del Consejo Europeo Nº 1346/2000 sobre los procedimientos de insolvencia (en adelante, “el Reglamento 1346/2000”). En el documento se describen de forma bastante detallada los posibles modos de

cooperación entre administradores, tribunales, etc., en cuestiones de insolvencia transfronteriza.

33. Uno de los objetivos del proyecto de documento es facilitar la adopción de la Ley Modelo en los Estados miembros. El texto de la Ley Modelo se redactó de modo tal que pudiera incorporarse directamente a las reglamentaciones nacionales o que permitiera simplemente a los Estados adoptar los principios generales de la Ley Modelo. El Reglamento 1346/2000 es aplicable en todo el territorio de la Unión Europea y, por tanto, también en Letonia. Sin embargo, no regula las relaciones con terceros países.

34. En el transcurso del 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo V de la CNUDMI se mantuvieron extensos debates sobre la forma que debía darse al mencionado proyecto de documento. Los Estados miembros coincidieron en subrayar que ese documento no debía reemplazar totalmente ni, en algunos casos, parcialmente el texto de la Ley Modelo; el proyecto de documento se ha concebido como material auxiliar encaminado a dar orientación sobre posibles tipos de cooperación y no a prescribir la actuación preferible.

35. Tras evaluar el proyecto de documento, el Ministerio de Justicia ha llegado a la conclusión de que es relativamente completo y de que contiene buenos ejemplos prácticos. En él se trata a todos los acreedores en pie de igualdad previendo que un acreedor que haya recibido dividendos por su crédito durante el procedimiento de insolvencia podrá proceder a la distribución de los bienes en otros procedimientos, a menos que los acreedores de su misma categoría o de una categoría similar que reclamen sus créditos en esos otros procedimientos hayan percibido dividendos de valor similar. El artículo 16 del proyecto de documento se remite a los artículos 28 a 32 de la Ley Modelo, concretamente a las disposiciones del artículo 32 sobre los procedimientos paralelos. De conformidad con dicho artículo, cuando un acreedor haya percibido un cobro parcial respecto de su crédito en un procedimiento seguido en un Estado extranjero, no podrá percibir un nuevo dividendo por ese mismo crédito en el segundo procedimiento hasta que los demás acreedores de su misma categoría hayan percibido una suma equivalente. Sobre esta cuestión el preámbulo del Reglamento 1346/2000 dice que, a fin de asegurar la igualdad de tratamiento para todos los acreedores, es preciso coordinar la asignación de los bienes, y cada acreedor debería poder conservar lo que haya percibido durante el procedimiento de insolvencia y solo debería tener derecho a participar en la distribución de todos los bienes en otros procedimientos si los acreedores de la misma categoría han cobrado el mismo porcentaje de sus respectivos créditos. Todo acreedor que, una vez entablado el procedimiento mencionado en el párrafo 1 del artículo 3, perciba, en ejercicio de los derechos conferidos en virtud de cualquier instrumento (inclusive imperativo), un pago total o parcial de su crédito con cargo a bienes que pertenezcan a un deudor que esté situado en otro Estado miembro, deberá devolver al encargado de la liquidación, conforme a los artículos 5 y 7, los dividendos que haya percibido.

36. El artículo 47 del proyecto de documento dice que el contrato de cooperación debe regularse en el idioma en que se mantendrá la cooperación. Al mismo tiempo, se indica que, según la práctica actual, los acuerdos se conciertan en inglés y la cooperación también se lleva a cabo en inglés, como idioma supletorio. Sin embargo, esto no significa que no pueda emplearse otro idioma. La cuestión del idioma puede revestir importancia cuando el deudor se haya declarado insolvente en un Estado

pero sus bienes se encuentren en más de un Estado, o cuando los acreedores del deudor no sean del Estado en que se ha entablado el procedimiento de insolvencia. En tal caso, un Estado celebrará un contrato (en forma de acuerdo voluntario) con los países interesados en el que podrá estipularse el lugar en que se celebrará el procedimiento principal y en que podrán preverse las diferencias entre los ordenamientos de los países interesados, así como otras cuestiones, con miras a asegurar que el procedimiento de insolvencia tenga lugar en condiciones de igualdad y de forma equitativa para todos los Estados interesados.

37. El artículo 181 del proyecto de documento, que trata de las costas del procedimiento de insolvencia, corresponde a la disposición de la Ley sobre la Insolvencia de la República de Letonia, conforme a la cual será el deudor quien deba correr a cargo de las costas del procedimiento de insolvencia.

G. Noruega

38. Ante todo, el Gobierno de Noruega reconoce el mérito de la labor realizada por la Secretaría, y le expresa su profundo agradecimiento, concretamente por los informes y los documentos de trabajo elaborados, entre ellos el proyecto de notas. Este proyecto se ha dado a conocer a los profesionales de la insolvencia, y el Ministerio de Justicia de Noruega ha recibido algunas observaciones sobre el proyecto de notas y sobre cuestiones transfronterizas en general.

39. En segundo lugar, es preciso indicar que actualmente la legislación noruega carece de un marco jurídico general que regule la insolvencia transfronteriza. Se es consciente de la necesidad de desarrollar el régimen de la insolvencia transfronteriza en el país, no solo debido al aumento sustancial del comercio extranjero sino también porque muchos casos han puesto en evidencia las limitaciones de que adolece la legislación noruega en materia de insolvencia transfronteriza. Noruega es parte en la Convención Nórdica sobre la Quiebra de 1933. No obstante, urge examinar y ampliar el alcance de la legislación para que también pueda ser aplicable fuera del ámbito de los Estados nórdicos. En la actualidad, el Ministerio de Justicia está trabajando sobre estas cuestiones y, en su labor, tiene en cuenta tanto la Ley Modelo de la CNUDMI como el Reglamento 1346/2000 del Consejo Europeo.

40. En este contexto, resulta difícil evaluar el modo en que los acuerdos transfronterizos repercuten en el régimen de la insolvencia del país. Al mismo tiempo, consideramos que el proyecto de notas puede resultar muy útil, pues plantea una amplia gama de situaciones que pueden revestir interés en el desarrollo de la legislación noruega en materia de insolvencia transfronteriza. Concretamente, los análisis y los ejemplos expuestos en los capítulos II y III pueden ser de utilidad en la labor preparatoria.

41. Recordamos que, durante las reuniones celebradas en Viena del 17 al 21 de noviembre de 2008, se debatió la función que tendrían las futuras Notas. A nuestro entender, debería ser principalmente de orientación, dando ejemplos y exponiendo las distintas formas de establecer contacto y de mantener la cooperación entre las partes en un procedimiento de insolvencia transfronteriza.

H. Singapur

42. Hemos examinado el proyecto de notas y no tenemos, por el momento, ninguna observación que formular. No obstante, mantendremos las consultas oportunas con otros organismos gubernamentales y con el Poder Judicial con miras a estudiar más a fondo las diversas cuestiones que se plantean.

I. Suiza

43. Sugerimos que se agregue el caso "Swissair" a los casos reseñados en el anexo. El caso Swissair fue uno de los casos de insolvencia más importantes que se han registrado en Suiza en los últimos decenios y, además, ha tenido notables repercusiones internacionales[1]. Según nos consta, fue el primer procedimiento llevado a cabo en Suiza en el que se aplicó un acuerdo transfronterizo entre tribunales/representantes de la insolvencia. Por lo tanto, sugerimos que, en el anexo del documento A/CN.9/WG.V/WP.83, se inserte el siguiente texto:

> Swissair Schweizerische Luftverkehr AG (2001)
>
> "Nota de pie de página: procedimiento de insolvencia celebrado ante los tribunales de distrito de Bülach (Swissair y otros miembros de SAirGroup) y de Zurich (SAirGroup).
>
> Se entablaron en Suiza procedimientos de insolvencia contra varias empresas del Grupo Swissair. A fin de proteger los bienes de las respectivas empresas en el extranjero, se abrieron procedimientos accesorios en varios países (orden preliminar dictada por un juez de los Estados Unidos en virtud del artículo 304 del título 11 del Código de la Quiebra (*Bankruptcy Code*); paralización temporal dictada por un juez canadiense en virtud del artículo 18.6 del Acuerdo ACT (*Canadian Companies Creditors Arrangement*); procedimientos accesorios en Francia e Israel, liquidación accesoria de la filial de Swissair en Inglaterra). Con miras a facilitar la coordinación entre los encargados de las filiales de Suiza e Inglaterra, se convino un Protocolo que regulaba la liquidación de los bienes, el pago de las deudas, las costas y los gastos, las obligaciones de información y la recepción y adjudicación de los créditos de los acreedores. El Protocolo tenía la finalidad de evitar la duplicación de funciones, al tiempo que protegía los derechos de los acreedores y respetaba sus respectivos grados de prelación[2]."

44. Además, sugerimos que, en el texto principal, se inserten las siguientes referencias al caso Swissair:

- En la nota 20 de pie de página: En el caso Swissair, el protocolo tuvo que ser confirmado por los tribunales ingleses, pero no por los suizos;
- En la nota 28, la palabra "Swissair";

---

[1] Consúltese la página de la entidad liquidadora en Internet, cuya dirección es www.liquidator-swissair.ch.

[2] La delegación de Suiza expresa su agradecimiento a la Sra. Brigitte Umbach (Wenger Plattner Attorneys, Zurich) por su valiosa aportación a estas observaciones.

- En la página 67, apartado d), después de las palabras “asignando tareas a cada interesado”, una nota de pie de página en la que se haga referencia a Swissair;
- En la nota 161 de pie de página, una referencia a Swissair;
- En la nota 180, una referencia a Swissair.

45. Aprovechamos la oportunidad para felicitar a los autores del documento A/CN.9/WG.V/WP.83 por la excelente calidad del texto. Tenemos la convicción de que este documento será de gran utilidad para los legisladores y los profesionales de la insolvencia de todo el mundo.

A/CN.9/WG.V/WP.86/Add.2 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre el proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
II.	Recopilación de las observaciones	1-34
	A. El Salvador	1-11
	B. España	12-30
	C. México	31-34

II. Recopilación de las observaciones

A. El Salvador

La República de El Salvador detalla a continuación las observaciones y sugerencias recibidas por parte de la Superintendencia del Sistema Financiero a este respecto:

> "En el análisis realizado, la Superintendencia ha manifestado las siguientes observaciones:

1. Destaca que a pesar de que los conceptos y procedimientos que se encuentran en el texto, son de gran interés para las operaciones mercantiles internacionales, es mínimo el vínculo que existe en la aplicación legal entre la Superintendencia como órgano fiscalizador y las entidades que están sujetas a este control. Por lo tanto, las leyes que rigen el actuar de tales entidades cuentan con mecanismos de control y, en algunos casos, de salida ordenada del mercado que involucran procedimientos especialísimos tendientes a minimizar el impacto hacia el público.

2. Por otra parte, es importante mencionar que actualmente en El Salvador se está coordinando la creación de un Anteproyecto de la Ley de Recuperación Empresarial, la cual tiene tres objetivos claros en su desarrollo:

- 1º Terminar con empresas inviables devolviendo bienes inoperantes a la economía productiva;

- 2º Recuperar las empresas con dificultades, salvando así muchos empleos;
- 3º Fomentar la oferta de crédito.

Dicho estudio se encuentra en pleno vigor, ya que se están recopilando experiencias que abonen en la formulación de la Ley, con la finalidad de regular efectivamente la temática; por ello es conveniente que muchos de los principios rectores y conceptos fundamentales recopilados constituyan referentes en lo que es aplicable en la redacción de la proyectada ley local.

3. Se considera que las Notas tienen como objeto brindar orientación a profesionales y jueces sobre los aspectos de la cooperación en casos de insolvencia transfronteriza (pág. 6).

4. La Superintendencia sugirió que los escenarios que se presentan en las diversas modalidades de insolvencia deben ser precisados con claridad.

5. A la vez, hizo énfasis en el segundo apartado del Glosario, relacionado a los términos, expresiones y sus definiciones (pág. 8.d), donde cree conviene tener presente que el concepto "crédito" difiere de su acepción en materia financiera, entendiéndose como la operación activa de financiamiento, siendo más bien alusiva del derecho de cobro que corresponde al acreedor, por lo que es necesario acentuar la claridad de esa discrepancia semántica.

6. Hizo referencia a los procedimientos de insolvencia, en los cuales pretenden cobrar validez las aludidas Notas; es viable enfatizar que en el derecho positivo mercantil vigente en El Salvador los únicos trámites que le conforman son el Juicio Universal de Quiebra y el de Suspensión de Pagos, los cuales, por diferentes factores, se encuentran en desuso.

7. Se estima que la aseveración con la que inicia la referencia de antecedentes al marco legislativo para la insolvencia transfronteriza (pág. 10), es sostenible, en el sentido que la tendencia de aumento del número de casos de insolvencia transfronteriza no se ha reflejado en el número de regímenes jurídicos adoptados al efecto.

8. Es necesario que exista total claridad respecto de la relación jurídica entre los Acuerdos Transfronterizos, la Ley Modelo y la legislación doméstica de cada parte.

9. Menciona que es oportuno destacar en lo relativo a la elaboración de Acuerdos Transfronterizos sobre insolvencia, en lo referente al idioma que se usará en la redacción de los mismos; se ha establecido en tal documento que ello podrá redactarse en idioma inglés y francés, es decir, el idioma de los países participantes, pero que las comunicaciones solo se entablarán en uno de los dos idiomas, tema que nos parece que atenta contra el principio de igualdad y que eventualmente podría perjudicar a una de las partes, es decir, a la que no tiene posibilidad de girar las comunicaciones en su propio idioma (pág. 41).

10. También es pertinente destacar que en el Proyecto de Notas se hace alusión en su redacción a varias presunciones (pág. 54), lo cual no es procedente, por cuanto los efectos jurídicos de las presunciones pueden vulnerar derechos y garantías procesales resguardados en las legislaciones primarias de las partes; en consecuencia, convendría modificar su redacción y volverla más explícita, es decir,

establecer con claridad y seguridad los efectos derivados de una determinada actuación y no presumirlos.

11. En las notas se encuentra una contradicción entre las pautas de comunicación establecidas para las partes relacionadas con la insolvencia, sobre las cuales no se fija un mayor control o restricciones, (pág. 81), frente a la confidencialidad reconocida expresamente e inherente a la información que al deudor concierne, tales como los secretos comerciales que resulten de la labor de investigación y desarrollo de una empresa o datos concernientes a su clientela (pág. 86); para el caso, quizá sería conveniente revisar la redacción propuesta en lo referido al derecho a comparecer y ser oído (pág. 56). Convendría de igual manera definir con meridiana precisión a qué se refiere el concepto "todo otro interesado" y qué autoridad o instancia es la que califica ese legítimo interés, a fin de abonar en la armonización acotada."

B. España

Proyecto de sugerencias y observaciones que remite el Gobierno de España al documento A/CN.9/WG.V/WP.83 (WP.83), de UNCITRAL/CNUDMI

1. Introducción

12. El A/CN.9/WG.V/WP.83 (WP.83) es un documento muy importante en cuanto que presenta la situación actual de los acuerdos transfronterizos en materia de insolvencia con efectos supranacionales.

13. Ese documento, sin duda, será objeto de estudio y constituirá, como tantos otros documentos de UNCITRAL, un texto seminal, pues atesora un conjunto de interesantes perfiles: junto al ejercicio de poner por delante el panorama de los acuerdos transfronterizos que han venido utilizándose en la práctica, ordena su contenido, el momento idóneo para su concertación, compara sus contenidos, ejercicio al que acompaña de unas "cláusulas modelo", y acaba con la síntesis, en anexo, de los treinta y dos casos que sirvieron para el documento.

14. Aquí solo se pretende remitir una serie de sugerencias y observaciones de índole formal (de las que se separan las idiomáticas, propias de la versión en nuestro idioma) y otras de fondo. Antes, sin embargo, se ha de volver a felicitar a la Secretaría por la labor realizada.

2. Sugerencias y observaciones

2 a) Formales

15. La vinculación del WP.83, desde la nota de la Secretaría que lo presenta, con el artículo 27.c) de la Ley Modelo (número marginal 1) quizá habría de centrarse más en el 27.d), pues si es verdad que con la coordinación de la administración de los bienes del deudor que los protocolos logran, alcanza importantes porcentajes de mejora en el rendimiento económico de los procedimientos de insolvencia [lo cual, ciertamente, conduce al 27.c)], también resulta patente la naturaleza judicial de esos acuerdos transfronterizos [aconsejando el encuadre en el 27.d), como acertadamente señala la carta del Secretario General con la que solicita las observaciones].

16. En el párrafo 14 se hace elenco de los Estados que han adoptado la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza de UNCITRAL. España no figura ahí, ni en la web de UNCITRAL a la que remite la nota al pie (número 6). Sin embargo, la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en su exposición de motivos declara: "la nueva regulación se inspira también en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercanti1 Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza, recomendada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su Resolución 52/158, de 15 de diciembre de 1997". Y en su normativa, sin entrar en el detalle de todos los preceptos relativos a lo supranacional, el artículo 227 ordena las obligaciones de cooperación, en línea con los ordinales 25, 26 y 27 de la Ley Modelo; en el artículo 226 acerca de las medidas cautelares, se advierte la semejanza con el número 3 del artículo 15 y el artículo 20 de la Ley Modelo (entre otras instancias); el 229 y 230, sobre la regla del pago, y el 32 de la Ley Modelo guardan cierto paralelismo. En definitiva, convendría que se incluyese la referencia a España como uno de los ordenamientos que ha adaptado la Ley Modelo de UNCITRAL.

17. La secuencia en los números marginales: que no empiece de nuevo en cada sección con número romano, para impedir que se entienda el documento de modo parcial, también porque no hay parte en él que carezca de interés ni sirva para las demás.

18. Las referencias a los casos que sustentan las letras d) y j) del III.A, probablemente puedan ir mejor en nota al pie (y destacando su particular singularidad o rareza). De seguir en el texto impondrían que las demás letras fuesen acompañadas con los casos correspondientes.

19. El contenido de la letra i) del marginal 8, en el III.A, probablemente está fuera de lugar, en tanto que, sin dejar de ser verdad cuanto afirma, quizá no corresponde al elenco de efectos directos de los acuerdos transfronterizos. Dicho de otro modo, no es una finalidad de un acuerdo (o de varios) sino la consecuencia que resulta al reflexionar sobre ellos: en efecto, los acuerdos transfronterizos dan una pauta para componer un marco de principios generales en la materia, mas eso no es el resultado de un acuerdo, ni de varios, sino de la reflexión ponderada acerca de ellos. Quizá ello dé pie a agrupar en una sección propia las cláusulas modelo que contiene el documento.

20. El título del Anexo quizá haya de simplificarse porque los casos que en él constan se emplean en otros lugares del WP.83 y no solo en el III.B.

2 b) Idiomáticas

21. Quizá contribuya a la generalidad del texto, en la versión en nuestro idioma, que la finalidad y los objetivos de las Notas, vayan en el titulo del documento sin artículo determinado, con lo que la rúbrica del WP.83 sería "Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación transfronterizas en procedimientos de insolvencia". En igual punto del título, probablemente convenga revisarlo para que lo transfronterizo califique a los procedimientos de insolvencia, más que a la cooperación, comunicación y coordinación, de modo que el titulo sea: "Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza". De ese modo se alineará, de entrada, con lo indicado en el párrafo 1; "Las presentes Notas tienen por objeto dar orientación a los profesionales

de la insolvencia y a los jueces sobre los aspectos prácticos de la cooperación y la comunicación en casos de **insolvencia transfronteriza**" (énfasis añadido).

22. En el marginal 15 (del III.A), la frase, siguiente a la referencia de la nota al pie 18, presenta un problema de coherencia; dice "El acuerdo determinará, tanto en lo sustantivo como el procesal", y debería decir: "El acuerdo determinará, tanto en lo sustantivo como en lo procesal", si bien es posible que el pasaje pueda recibir una versión diferente.

23. Quizá sea preferible que la referencia en nuestro idioma a las directrices *Court-to-Court Guidelines* sea, de ese modo, como figura, entre otros, en el marginal 51 del III.B, y no como Directrices europeas (en el glosario de la Introducción, entre otros lugares). En cualquier caso, con una referencia unitaria.

24. Otro tanto cabe decir del modo de citar el Concordato. En el III.B, marginal 76, se dice "los principios del Cross-Border Insolvency Concordat (en adelante el Concordat)", cuando antes se emplean otras denominaciones para (se supone que) igual documento: véase, por ejemplo, nota al pie 41 (en página 44), nota al pie 35 (página 42), marginal 51 (del III.B), nota al pie 21 (página 31), entre otras instancias.

25. El primer párrafo del marginal 77 no se entiende demasiado bien y se solicita la revisión de la traducción. Es posible que si el término en inglés *local* fuese traducido por "nacional" mejorase la versión en nuestro idioma, pero quizá requiera algún otro retoque.

26. Parece haber una errata en el modo verbal del modelo de cláusula 10, primera frase: ha de ser el futuro, como en la segunda, no el condicional.

27. En el número marginal 120, la última frase, segundo pasaje, parece adolecer de la ausencia de un sujeto que podría ser "trato", de modo que donde dice: "o pactarse que el otorgable a ciertos créditos será negociado ulteriormente en un protocolo que determine los plazo", dijese: "o pactarse que el trato otorgable a ciertos créditos será negociado ulteriormente en un protocolo que determine los plazos".

2 c) Sustantivas

28. Ha de acentuarse el carácter pragmático de todo el documento: es fruto de una multiplicidad de casos (que se abren en 1992, *Maxwell*) y de un conjunto de acuerdos generales (concordatos protocolos, etc.) y de otros *ad hoc*; de unos universales y de otros acerca de temas muy específicos. La idea está ausente en el inicio del WP.83 y se apunta, sin embargo, en el número marginal 5 de la nota de la Secretaría que precede al WP.83. Seria importante que ese párrafo 5 se ampliase ligeramente (para llamar la atención acerca del método en la elaboración de las Notas) y que se integrase (quizá con los números marginales precedentes acerca de la historia y la razón de ser del WP.83) en el comienzo del WP.83. Para ello puede servir pasar a ese lugar el número marginal 3, de letra A, del número romano III.

29. En la primera frase del marginal 122 parece afirmarse algo muy importante, cuyo alcance es sustancialmente reducido por el ejemplo. La primera frase podría permitir que se entendiese, por ejemplo, que un crédito subordinado puede alcanzar prelación y subir de categoría. Mas el ejemplo aclara que se trata de que el acuerdo altere, dentro de la categoría de créditos subordinados, sin salir de ella, el lugar de un crédito. Esto parece posible (con la justificación aducida en ese pasaje del WP.83:

el Derecho de otro país en el que se lleva un procedimiento de insolvencia relacionado), pero no más. De ahí que convenga corregir la primera frase. Quizá bastaría con sustituir la copulativa "o" y la preposición "de", por la preposición "en" y el artículo "la". Así diría "Los acuerdos pueden también dilucidar ciertas cuestiones de la prelación en la subordinación" [en la versión inglesa sería la sustitución de la copulativa "and" por la preposición "in" (probablemente, seguida del artículo determinado, de modo que dijese: "*Agreements may also address issues of priority in the subordination*."]. Muy seguramente, no convenga hablar de acuerdos que afecten la prioridad en otras categorías de créditos, si no hay ejemplos que sirvan para sustentarlos.

30. La letra a) del número marginal 178 quizá dice más de lo que se pretende señalar, pues todo apunta al necesario consentimiento de todo nuevo tribunal, más aún si está situado en un país que es nuevo con respecto a los nacionales en el acuerdo preexistente.

C. México

31. Para efectos del procedimiento de cooperación y coordinación en casos de insolvencia transfronteriza en México, la celebración de acuerdos transfronterizos en el manejo de procedimientos concursales se fundamenta principalmente en dos elementos.

32. Por su parte, el texto del Título XII de la ley de Concursos Mercantiles que adopta la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza de la CNUDMI, contiene como normas fundamentales los artículos 304 y 305, en los cuales se destaca:

Capítulo IV

De la cooperación con tribunales y representantes extranje**ros**

Artículo 304. Colaboración de los Tribunales extranjeros. En los asuntos indicados en el artículo 278 de esta Ley, el juez, el visitador, el conciliador o el síndico, deberán cooperar, en el ejercicio de sus funciones y en la medida en que sea posible, con los tribunales y representantes extranjeros. El juez, el visitador, el conciliador o el síndico, estarán facultados, en el ejercicio de sus funciones, para ponerse en comunicación directa sin que sean necesarias cartas rogatorias u otras formalidades con los tribunales o los representantes extranjeros.

Artículo 305. Medios de colaboración internacional. La cooperación de la que se trata en el artículo 304 podrá ser puesta en práctica por cualquier medio apropiado, y en particular mediante:

i) El nombramiento de una persona o de un órgano para que actúe bajo la dirección del juez, del conciliador, del visitador o del síndico;

ii) La comunicación de información por cualquier medio que el juez, el visitador, el conciliador o el sindico, consideren oportuno;

iii) La coordinación de la administración y la supervisión de los bienes y negocios del Comerciante;

iv) La aprobación o la aplicación por los tribunales de los acuerdos relativos a la coordinación de los procedimientos, y

v) La coordinación de los procedimientos que se estén siguiendo simultáneamente respecto de un mismo Comerciante.

33. El principio genérico de Derecho Procesal Mercantil Mexicano contemplado en el artículo 1051 del Código de Comercio, en el sentido de que el procedimiento preferente para las partes será el que estas acuerden:

> Artículo 1051. El procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes con las limitaciones que se señalan en este libro, pudiendo ser un procedimiento convencional ante Tribunales o un procedimiento arbitral.
>
> La ilegalidad del pacto o su inobservancia cuando esté ajustado a la ley, pueden ser reclamadas en forma incidental y sin suspensión del procedimiento, en cualquier tiempo anterior a que se dicte laudo o sentencia.
>
> El procedimiento convencional ante tribunales se regirá por lo dispuesto en los artículos (sic) 1059 y 1053, y el procedimiento arbitral por las disposiciones del título cuarto de este libro.

34. Por otra parte, los acreedores que litigan y son parte en un juicio concursal deben de concurrir y aceptar las disposiciones que suponen los acuerdos transfronterizos, lo cual se considera de difícil consecución en un procedimiento en donde existe un gran numero de acreedores.

A/CN.9/WG.V/WP.86/Add.3 (Original: inglés)

Nota de la Secretaría sobre el proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

Párrafos

II. Compilación de observaciones de los gobiernos 1-33

Jordania 1-33

II. Compilación de observaciones de los gobiernos

Jordania

1. Jordania entiende, de acuerdo con los trabajos del comité nacional encargado de la formulación de un proyecto de marco legal de la insolvencia, la quiebra y la liquidación de empresas, que la base del régimen de la insolvencia ha de ser la reestructuración de la empresa a fin de que pueda proseguir sus actividades después de superar las causas de sus dificultades. Según dicho marco, la reestructuración será una labor que se asignará al Departamento de fiscalización de las sociedades mercantiles, y no a los tribunales. Por consiguiente, una de nuestras observaciones es que, en el caso de Jordania, las medidas de reestructuración son adoptadas de forma coordinada por el Departamento (otra autoridad competente) y los tribunales.

2. Para evitar ambigüedades o vaguedades en cualquiera de las fases de un litigio o procedimiento es necesario elaborar más la terminología y su interpretación, por ser una referencia normativa internacional.

3. Los procedimientos transfronterizos de insolvencia deben abarcar a los empresarios individuales (que poseen una empresa mercantil) siempre que su empresa desempeñe unas funciones y actividades semejantes a las de una sociedad mercantil en sus distintas formas.

4. Los acuerdos entre los representantes en el procedimiento de insolvencia deben respetar el papel de la otra autoridad competente.

5. Debe existir un acuerdo previo entre los tribunales de las distintas jurisdicciones pertinentes con respecto a los mecanismos de coordinación, organización y comunicación entre ellos.

6. Debe haber un acuerdo sobre los medios de comunicación legalmente válidos entre las jurisdicciones pertinentes.

7. A fin de salvaguardar los derechos de los deudores y permitir que la sociedad mercantil prosiga sus actividades, el tribunal o la autoridad competente ha de limitar al máximo posible las decisiones de liquidar la masa patrimonial de la insolvencia, reservándolas para objetivos específicos y con una justificación jurídica y práctica.

8. También es fundamental la coordinación de los procedimientos de actuación de los tribunales y de la otra autoridad competente a fin de reducir el costo de los procedimientos de insolvencia.

9. A fin de prevenir la renuncia de una autoridad en favor de otra jurisdicción de forma que puedan dañarse los intereses del deudor, habrá de hacerse inventario de la masa patrimonial de la insolvencia antes de que se inicie el procedimiento dentro de la jurisdicción competente.

10. Al hacer el inventario de la masa patrimonial de la insolvencia han de tenerse en cuenta los intereses de los acreedores (gubernamentales).

11. Es preciso que haya una coordinación entre los representantes en los procedimientos de insolvencia en todas las jurisdicciones competentes y todos los acreedores, con garantía o sin ella, así como entre los deudores, los tribunales y/o las otras autoridades competentes.

12. Cuando se concluyan acuerdos primarios y secundarios en las insolvencias habrá de preverse la posibilidad de que los tribunales y la otra autoridad competente (el gobierno) desempeñen una función de supervisión y coordinación.

13. Las etapas del procedimiento de insolvencia han de estar sometidas a plazos concretos y convenidos, que conduzcan a la reestructuración o la liquidación de la empresa.

14. Es necesario adoptar un idioma oficial internacional, con el acuerdo de los representantes en el procedimiento de insolvencia, que se sume al idioma de la localidad o jurisdicción o tribunal. Por ejemplo, si la jurisdicción corresponde a Jordania se adoptarán el árabe y el inglés, y si corresponde a Turquía se adoptarán el turco y el inglés, y así en los demás casos.

15. Han de detallarse de antemano, e incluirse en el acuerdo, los emolumentos y honorarios de las agencias oficiales y los representantes en los procedimientos de insolvencia, y otros.

16. Ha de prestarse apoyo y ofrecerse capacitación técnica y financiera a los tribunales nacionales a fin de que haya jueces capaces de actuar en casos de insolvencia a escala internacional, con acreditación de las Naciones Unidas y otras organizaciones.

17. Los acreedores que se encuentren en cualquier jurisdicción han de poder optar a los bienes que se puedan distribuir y deben tener la oportunidad de presentar sus

demandas dentro de los plazos previstos, debiéndose publicar esa información a través de los medios previstos legalmente.

18. La distribución de los ingresos generados por una venta ha de hacerse según el acuerdo a que lleguen los representantes en el procedimiento de insolvencia, no de conformidad con el principio de trato semejante, y teniendo presente el interés nacional como principio universal.

19. Uno de los deberes principales de los representantes en los procedimientos de insolvencia es presentar los informes periódicos sobre el procedimiento de insolvencia que establezca el acuerdo.

20. Los tribunales o las otras autoridades han de establecer plazos para cada procedimiento, empezando por el nombramiento de los representantes en el procedimiento hasta la reestructuración de la empresa, pasando por la iniciación, suspensión o interrupción del procedimiento.

21. La ley aplicable será la convenida por los representantes en el procedimiento de insolvencia. Una vez alcanzado un acuerdo, todos los acreedores disfrutarán del trato nacional.

22. Proponemos el establecimiento de enlaces cuando intervengan más de dos jurisdicciones en una insolvencia transfronteriza.

23. Los representantes en los procedimientos de insolvencia deben conceder la máxima importancia a los planes de reorganización.

24. El acuerdo entre los representantes en el procedimiento de insolvencia, además de reconocer a los acreedores el trato nacional, ha de incluir una clasificación de las prelaciones entre los acreedores según la jurisdicción aceptada por los representantes en el acuerdo.

25. Proponemos que no se incluyan en los procedimientos de insolvencia las filiales o sucursales en otros estados si estas operan correctamente, y que se ofrezca protección al deudor en relación con esas empresas (las filiales o sucursales).

26. Los representantes en los procedimientos de insolvencia deben garantizar que la empresa no asumirá obligaciones nuevas, y asegurarse de que existe una aprobación legal en caso de producirse ese hecho.

27. La investigación de los activos de una parte ha de hacerse a través de los tribunales o de la otra autoridad competente y con el conocimiento del representante en el procedimiento de insolvencia.

28. Los tribunales han de respetar los mecanismos de trabajo establecidos para la correspondencia o las comunicaciones con otros tribunales.

29. En el acuerdo que concluyan los representantes en el procedimiento de insolvencia han de definirse los medios de comunicación y los mecanismos de notificación.

30. Proponemos que, en el marco del proyecto de la CNUDMI sobre la cooperación, la comunicación y la coordinación en los procedimientos transfronterizos de insolvencia, se elaboren proyectos de acuerdo modelo entre los representantes en los procedimientos de insolvencia, de notificación, de honorarios y de cualesquiera otros gastos y modelos de este tipo, a fin de que sean adoptados,

en su forma y contenido, por los tribunales y demás autoridades relacionadas con los casos de insolvencia transfronteriza a escala internacional.

31. Sin perjuicio del procedimiento y de las demás partes, los intereses de la empresa han de ser protegidos en todos los casos, lo que incluye la salvaguardia de la confidencialidad de la información, los datos y las actividades sensibles de la empresa que influyan en sus derechos y su existencia. Además, ha de hacerse una evaluación equitativa de los derechos de propiedad intelectual y las licencias, y hacer inventario de los activos. El nivel de confidencialidad será el que determine el tribunal que tenga jurisdicción sobre el caso. Señalamos que Jordania necesita desarrollar su capacidad técnica en esta esfera.

32. El acuerdo original ha de ser la base de los posibles acuerdos secundarios posteriores dentro de la misma jurisdicción o en otra, teniendo debidamente en cuenta las diferencias jurídicas entre las distintas jurisdicciones.

33. Es necesario aclarar la cuestión de la jurisdicción sobre las empresas ubicadas en zonas francas (fuera del territorio aduanero de un determinado país cuando se tramita un procedimiento de insolvencia).

G. Nota de la Secretaría sobre el examen del trato que se da a la propiedad intelectual en la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36º período de sesiones

(A/CN.9/WG.V/WP.87) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

A. Referencias a la propiedad intelectual en las deliberaciones del Grupo de Trabajo V 5-17

B. Consecuencias del rechazo de un contrato 18-20

C. Disposiciones de la Guía Legislativa referentes a la decisión de mantener un contrato y a la protección del valor del bien dado en garantía 21-27

---

1. En su 35º período de sesiones, celebrado en noviembre de 2008, el Grupo de Trabajo V estudió varias preguntas relacionadas con la repercusión de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual que le había formulado el Grupo de Trabajo VI. El Grupo de Trabajo expresó su parecer sobre el primer grupo de preguntas (enunciadas en el cuadro que figura al final del documento A/CN.9/667).

2. Con respecto a la segunda cuestión (expuesta en el párrafo 133 del documento A/CN.9/667), relativa a la posibilidad de que el licenciatario en un contrato rechazado por el representante de la insolvencia del licenciante estuviera facultado, con arreglo al derecho interno de algunos países, para proseguir su cumplimiento de dicho contrato pese a haber sido revocada la licencia, el Grupo de Trabajo resolvió que no estaba en condiciones de examinar adecuadamente esta cuestión sin conocer mejor el carácter preciso y el alcance de las cuestiones planteadas y sin conocer el comentario propuesto por el Grupo de Trabajo VI. Para ayudarlo en sus deliberaciones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un documento de trabajo para su siguiente período de sesiones en el que se facilitaran los antecedentes acerca de las deliberaciones mantenidas durante la preparación de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, "la Guía")[1] y de las recomendaciones ya aprobadas acerca del trato otorgable en estos casos a los contratos.

3. El Grupo de Trabajo llegó a esta misma conclusión respecto de la tercera cuestión (tratada en los párrafos 137 y 138 del documento A/CN.9/667), y pidió a la Secretaría que incluyera en el documento de trabajo que fuera a preparar

---

[1] Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia, núm. de venta S.05.V.10. Véase su texto en www.uncitral.org.

información de antecedentes y material explicativo de la Guía, con miras a facilitar el examen de dichas propuestas.

4. En la presente nota la Secretaría facilita al Grupo de Trabajo la información de antecedentes por él solicitada.

A. Referencias a la propiedad intelectual en las deliberaciones del Grupo de Trabajo V

5. El examen de los debates del Grupo de Trabajo pone de manifiesto que las delegaciones solo plantearon cuestiones acerca de la propiedad intelectual en dos ocasiones, en el contexto del tratamiento de los contratos tras la apertura de procedimientos de insolvencia. Estas cuestiones no suscitaron extensas deliberaciones. El Grupo de Trabajo siguió el criterio general de hacer suyas las recomendaciones que fueran aplicables a los contratos en general y de especificar únicamente un número limitado de excepciones.

6. En los párrafos que figuran a continuación se expone el alcance de las deliberaciones mantenidas en relación con la propiedad intelectual.

1. Recomendaciones

7. El proyecto de recomendación 54), que se sometió al examen del Grupo de Trabajo en su 26º período de sesiones de mayo de 2002 y que figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.61, dispone lo siguiente:

> "El régimen de la insolvencia puede disponer reglas especiales aplicables a los contratos de trabajo y [...]."

8. En el informe del 26º período de sesiones (A/CN.9/511) se observó lo siguiente:

> "56. Respecto de la recomendación 54), se sugirió que su texto mencionara expresamente las operaciones financieras (abordadas en más detalle en la sección F), así como todo contrato de propiedad intelectual que fuera conveniente proseguir."

9. A raíz de ese período de sesiones se revisó el proyecto de recomendación 54) (que, con la nueva numeración, pasó a ser la recomendación 67)) para que abarcara también los contratos laborales, financieros y sobre derechos de propiedad intelectual (A/CN.9/WG.V/WP.63/Add.8).

10. Durante las deliberaciones mantenidas en el 27º período de sesiones, en diciembre de 2002, varias delegaciones pusieron en entredicho la necesidad de que, en el proyecto de recomendación 67), se hiciera referencia a los contratos sobre derechos de propiedad intelectual, mientras que muchas otras propugnaron que se agregaran a su texto los contratos laborales.

11. En el párrafo 155 del informe sobre ese período de sesiones (A/CN.9/529) se refleja la conclusión del Grupo de Trabajo en los siguientes términos:

> "155. Se manifestaron algunas inquietudes sobre la intención de la recomendación 67) y los contratos que debía abarcar. Hubo acuerdo general en

que debían contemplarse los contratos laborales, habida cuenta de los regímenes internacionales aplicables. Tras un debate, el Grupo de Trabajo convino en la necesidad de adoptar una disposición general sobre el régimen especial aplicable a ciertos tipos de contratos, que se ilustrara con algunos ejemplos, como los contratos laborales."

12. A raíz de ese período de sesiones se revisó el proyecto de recomendación 67) para prever una excepción concreta a la recomendación relativa a las cláusulas de revocación automática de los contratos financieros y para que en su texto se hiciera una referencia más general al hecho de que, en la insolvencia, se aplicarían reglas especiales a ciertos tipos de contratos, como los contratos laborales.

13. El texto de esa revisión figuró como proyecto de recomendación 57) en el documento A/CN.9/WG.V/WP.70 (Part II). La Comisión, en su 37º período de sesiones de 2004, aprobó y adoptó el proyecto de recomendación que, en la versión publicada de la Guía, pasó a ser la recomendación 71.

2. Comentario

14. En la versión publicada de la Guía, concretamente en los párrafos 134 y 135 del capítulo II de la segunda parte, se adopta el criterio seguido en toda la Guía de analizar los distintos modos en que los regímenes de la insolvencia tratan una determinada cuestión, en este caso, la de la revocación de un contrato. En estos párrafos no se mencionan explícitamente los contratos sobre derechos de propiedad intelectual y, según parece, en el Grupo de Trabajo no se sugirió que en ellos se hiciera referencia a tales contratos.

15. El enfoque general que se sugiere en la Guía y que se analiza en el párrafo 113 del capítulo II de la segunda parte consiste en que se enuncien reglas generales aplicables a todos los tipos de contratos (independientemente de que se mencionen explícitamente o no) y en especificar excepciones para un número limitado de contratos especiales. Se mencionan los contratos laborales, los contratos financieros, los contratos sobre servicios personales y los contratos para préstamos y seguros.

16. La cuestión de la propiedad intelectual se menciona expresamente en:

a) El párrafo 115 del capítulo II, en la segunda parte, en relación con el respeto de las cláusulas de extinción o agilización automática, en el sentido de que los creadores de ideas reconocidas como propiedad intelectual deben poder controlar el uso que se haga de ellas, o habida cuenta de la repercusión que puede tener en el negocio de la otra parte la extinción de un contrato, especialmente si afecta a bienes inmateriales;

b) El párrafo 116 del capítulo II, en la segunda parte, en apoyo de que se niegue eficacia a esas cláusulas de extinción o aceleración automática cuando, por ejemplo en una reorganización, el contrato prevea la utilización de bienes de propiedad intelectual incorporados a un producto clave, y en apoyo de que se siga ejecutando el contrato ante la posibilidad de que aumenten las ganancias de la empresa, se incremente el valor y se contribuya a que todos los acreedores consientan en una reorganización;

c) El párrafo 143 del capítulo II, en la segunda parte, en que se examinan los dos tipos de excepciones generales a la facultad del representante de la

insolvencia para continuar la ejecución, rechazar y ceder contratos, que prevén los regímenes de la insolvencia. El primer tipo de excepción se refiere a tipos concretos de contratos. A este respecto se mencionan varios ejemplos, como los contratos financieros de corta duración, los contratos de seguros y los contratos de concesión de un préstamo. En el comentario se agrega que "las excepciones a la facultad de rechazar contratos también pueden ser adecuadas en el caso de [...] acuerdos en los que el deudor sea arrendador, titular de una franquicia o beneficiario de una licencia de propiedad intelectual, y en que la extinción del contrato pueda arruinar o perjudicar gravemente el negocio de la otra parte, especialmente cuando no reporte grandes ventajas para el deudor". Las otras dos categorías de contratos que se analizan detalladamente en esa sección son los contratos de trabajo y los contratos para la prestación de servicios irreemplazables y personales; y

d) El segundo tipo de excepción se examina en el párrafo 146 del mismo capítulo de la segunda parte y se refiere a los contratos que no pueden mantenerse porque estipulan la obligación de prestar servicios personales e irreemplazables. Como ejemplo se cita un contrato que prevea algún derecho de propiedad intelectual.

17. Estos párrafos de la versión publicada de la Guía reproducen el contenido de anteriores proyectos y no parece que se les haya agregado ningún detalle o explicación desde el 25º período de sesiones, celebrado en diciembre de 2001.

B. Consecuencias del rechazo de un contrato

1. Recomendaciones

18. La única reparación por el rechazo de un contrato que es objeto de una recomendación en la Guía es el pago de daños y perjuicios. La recomendación 82 dispone lo siguiente:

> "El régimen de la insolvencia debería especificar que los daños y perjuicios derivados del rechazo de un contrato anterior a la apertura serán determinados de conformidad con el derecho aplicable y que deberían tratarse como créditos de acreedores ordinarios no garantizados. El régimen de la insolvencia podría limitar las reclamaciones derivadas del rechazo de un contrato de larga duración."

2. Comentario

19. En el párrafo 134 del capítulo II de la segunda parte de la Guía se observa que muchos regímenes prevén que la otra parte solo tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios en caso de rechazo de un contrato, aunque en otras leyes no relacionadas con la insolvencia se prevean diferentes vías de recurso. Una de las razones aducidas para justificar este enfoque es que la imposición de otras soluciones, como la entrega de mercancías fabricadas pero no entregadas antes de la apertura del procedimiento de insolvencia, equivaldría a la obligación de pagar a la otra parte la totalidad del crédito, con lo cual se discriminaría a los demás acreedores no garantizados, que no gozarían del mismo derecho, y se violaría el principio del trato equitativo.

20. No parece que en el Grupo de Trabajo se haya planteado o estudiado la posibilidad de hacer referencia a otras vías de recurso en el comentario.

C. Disposiciones de la Guía Legislativa referentes a la decisión de mantener un contrato y a la protección del valor del bien dado en garantía

21. Se pidió al Grupo de Trabajo V que diera su opinión sobre un tercer grupo de cuestiones planteadas en los párrafos 135 a 138 del documento A/CN.9/667. Estos párrafos tratan, por una parte, de la venta, por el acreedor garantizado, del derecho de propiedad intelectual que sea objeto de la garantía real y de la recuperación, por parte de dicho acreedor, de lo que se le debe cobrando el producto de la venta y, por otra parte, tratan de la continuación de la ejecución del contrato de licencia con el fin de obtener el máximo valor del derecho de propiedad intelectual gravado y, por tanto, de la oposición a la revocación inmediata del contrato de licencia y a la consiguiente venta.

22. Se mencionó que los regímenes de algunos Estados permitían al acreedor garantizado pedir al representante de la insolvencia o, de ser necesario, al tribunal de la insolvencia, que:

a) Fije un plazo vinculante para adoptar la decisión de seguir o no ejecutando el contrato de licencia; y

b) Disponga una audiencia especial ante el tribunal de la insolvencia para tratar de mediar entre el representante de la insolvencia y el acreedor garantizado con miras a lograr una mayor protección de la obligación garantizada.

23. En los párrafos 108 a 146 del capítulo II de la segunda parte de la Guía se analizan los diversos intereses en pro o en contra del mantenimiento de los contratos, así como las ventajas e inconvenientes de las posibles opciones.

24. En relación con el apartado a) del párrafo 22 *supra*, la Guía recomienda que, en aras de la certeza y de la transparencia, este plazo se especifique en el régimen de la insolvencia, en vez de dejar que lo fije el representante de la insolvencia o el tribunal. Así, la recomendación 74 dispone lo siguiente:

> "El régimen de la insolvencia debería especificar el plazo antes de cuyo vencimiento el representante de la insolvencia deberá decidir si mantiene o rechaza el contrato; este plazo podrá ser prorrogado por el tribunal."

25. Estas cuestiones se analizan en los párrafos 128 y 129 del capítulo II de la segunda parte de la Guía.

26. En cuanto al apartado b) del párrafo 22 *supra*, la Guía recomienda que el acreedor garantizado deberá tener derecho a la protección del valor de los bienes que respalden su garantía real. No se trata de una cuestión que pueda ser objeto de mediación o de negociación entre el representante de la insolvencia y el acreedor garantizado, sino que debe ser determinada por el tribunal conforme a lo dispuesto en el régimen de la insolvencia. Así, la recomendación 50 dispone lo siguiente:

> "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 a la masa;

b) La aportación de garantías reales suplementarias; o

c) Otras medidas que el tribunal considere apropiadas."

27. Estas cuestiones se analizan en el comentario, concretamente en los párrafos 63 a 69 del capítulo II de la segunda parte de la Guía.

H. Nota de la Secretaría sobre el trato otorgable a los grupos de empresas en situaciones de insolvencia: propuesta de los Estados Unidos de América sobre financiación posterior a la solicitud de apertura de un procedimiento, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36º período de sesiones

(A/CN.9/WG.V/WP.88) [Original: inglés]

1. En preparación del 36º período de sesiones del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), el Gobierno de los Estados Unidos de América presentó a la Secretaría la propuesta adjunta sobre el tema de la financiación posterior a la solicitud de apertura de un procedimiento.

2. El documento que figura en el anexo adjunto se ha reproducido de la forma en que fue recibido por la Secretaría.

Anexo

Se propone que se inserte el siguiente texto en el comentario sobre la Tercera parte (Tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia) de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, "la Guía Legislativa"):

> 1. Cuando una empresa o un grupo de empresas se declara insolvente y presenta una solicitud de apertura de un procedimiento de insolvencia, esta mera solicitud puede entrañar muchas veces el incumplimiento de lo pactado con los respectivos prestamistas, que pueden así dejar de adelantar a la empresa o al grupo de empresas los fondos previstos en dichos acuerdos. Cuando un régimen de la insolvencia no prevea la apertura automática de un procedimiento al ser este solicitado, puede transcurrir un período de varios meses entre la presentación de la solicitud y la apertura del procedimiento. Generalmente, durante este intervalo, los tribunales deben hacer una evaluación independiente acerca de si la solicitud presentada por una empresa o un grupo de empresas cumple los requisitos legislativos para abrir un procedimiento. Mientras tanto, para que la empresa o el grupo de empresas pueda seguir funcionando, será necesario que pueda seguir administrando el negocio, remunerando a sus empleados, pagando a sus proveedores y llevando adelante sus actividades cotidianas en general. A fin de poder sufragar esos gastos continuos, la empresa o el grupo de empresas precisará en general que, durante ese período, se le proporcionen nuevos fondos.
>
> 2. La posibilidad o la imposibilidad de obtener esos fondos durante ese intervalo puede ser un factor decisivo para determinar si la reorganización de la empresa o del grupo de empresas será una opción viable o si habrá que recurrir a su liquidación. Si la empresa o el grupo de empresas no obtiene los fondos necesarios para sufragar esos gastos durante el período previo al procedimiento, no le será posible reorganizarse, pues no dispondrá de los medios para seguir empleando a su personal o para mantener la producción de

sus productos o servicios y, con toda probabilidad, deberá someterse a un procedimiento de liquidación.

3. En cambio, si el régimen de la insolvencia permite que se otorguen fondos al deudor tras la solicitud de apertura durante el período que medie entre la presentación de dicha solicitud y la apertura del procedimiento, subsistirá la posibilidad de que la empresa o el grupo de empresas pueda reorganizarse. Este tipo de disposición del régimen de la insolvencia suele ser necesario para dar seguridad a los prestamistas de la empresa o del grupo de empresas al decidir si les proporcionan fondos adicionales o para dar las garantías necesarias a todo nuevo prestamista de modo que acceda a conceder a la empresa o al grupo de empresas los fondos que necesite durante el período relativamente breve que medie entre la solicitud y la apertura en sí.

4. Si bien el intervalo que puede haber entre la solicitud de apertura y la apertura del procedimiento puede ser de solo unos meses, el deudor puede encontrarse sin fuentes de financiación durante ese intervalo dado que, como ya se ha dicho, la mera presentación de la solicitud suele desencadenar el incumplimiento de lo pactado en los acuerdos de préstamo existentes. Así pues, en ausencia de una autorización judicial por la que se apruebe la concesión de fondos con posterioridad a la solicitud, algunas empresas deudoras que no dispongan de suficiente dinero en efectivo para superar este período crítico se verán en la imposibilidad de reorganizar su negocio antes de que llegue a abrirse el procedimiento.

5. En virtud de la recomendación 39 de la Guía Legislativa, el tribunal dictará medidas cautelares para preservar los bienes del deudor antes de la apertura de un procedimiento de insolvencia cuando estime que tales medidas sean necesarias para proteger los bienes del deudor y los intereses de los acreedores. Estas medidas pueden consistir en la concesión de fondos para ayudar al deudor a superar el período de precariedad entre la solicitud de apertura y la apertura del procedimiento.

6. Por consiguiente, debería considerarse que la autorización que dé el tribunal al deudor para obtener financiación durante este período crítico entra en el ámbito de lo dispuesto en la recomendación 39 de la Guía Legislativa.

IV. GARANTÍAS REALES

A. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor realizada en su 14º período de sesiones (Viena, 20 a 24 de octubre de 2008)

(A/CN.9/667) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

I. Introducción . . . 1-8

II. Organización del período de sesiones . . . 9-14

III. Deliberaciones y decisiones . . . 15

IV. Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual . . . 16-140

A. Introducción . . . 16-28

1. Antecedentes . . . 16

2. Interacción en la Guía entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual . . . 17-19

3. Terminología . . . 20-22

4. Ejemplos de prácticas de financiación garantizadas por derechos de propiedad intelectual . . . 23-24

5. Objetivos clave y políticas fundamentales . . . 25-28

B. Ámbito de aplicación y autonomía contractual de las partes . . . 29-31

1. Amplio ámbito de aplicación . . . 29-30

2. Aplicación del principio de la autonomía de las partes a las garantías reales sobre propiedad intelectual . . . 31

C. Constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual . . . 32-54

1. Los conceptos de constitución de una garantía real y de oponibilidad de una garantía a terceros . . . 32

2. Concepto unitario de una garantía real . . . 33

3. Requisitos para la constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual . 34

4. Derechos de un otorgante sobre la propiedad intelectual que vaya a gravarse . . . 35

5. Distinción entre un acreedor garantizado y el titular de derechos en lo que respecta a la propiedad intelectual . . . 36-38

6. Tipos de derechos de propiedad intelectual que podrán estar sujetos a una garantía real . . . 39-48

7. Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual futuros 49-52

8. Limitaciones legislativas o contractuales de la transferibilidad de un derecho de propiedad intelectual 53

9. Financiación de adquisiciones y acuerdos de licencia 54

D. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual 55-63

1. La noción de la oponibilidad a terceros 55-57

2. Oponibilidad a terceros de las garantías sobre propiedad intelectual inscribibles en un registro de la propiedad intelectual 58-62

3. Oponibilidad a terceros de las garantías sobre propiedad intelectual no inscribibles en un registro de la propiedad intelectual 63

E. Sistema de inscripción registral 64-85

1. Registro general de las garantías reales 64

2. Registros destinados a ciertas categorías de propiedad intelectual 65

3. Coordinación de registros 66

4. Inscripción de avisos acerca de las garantías constituidas sobre derechos de propiedad intelectual futuros 67-69

5. Inscripción o consulta en dos registros 70-72

6. Fecha de validez de la inscripción 73-74

7. Repercusión de la transferencia de un derecho de propiedad intelectual gravado sobre la validez de la inscripción 75-79

8. Inscripción de las garantías sobre marcas comerciales 80-85

F. Prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual 86-103

1. El concepto de prelación 86

2. Identificación de los reclamantes concurrentes 87

3. Importancia del conocimiento que se tenga de una transferencia o gravamen anterior 88

4. Prelación de una garantía inscrita en un registro de la propiedad intelectual 89

5. Prelación de una garantía real no inscribible en un registro de la propiedad intelectual 90

6. Derechos reconocidos al cesionario de propiedad intelectual gravada 91

7. Derechos de los licenciatarios en general 92-96

8. Derechos del licenciatario no exclusivo de una licencia concedida en el curso ordinario de los negocios 97-100

9. Prelación de una garantía otorgada por el licenciante frente a una garantía otorgada por un licenciatario 101

10. Prelación de una garantía sobre propiedad intelectual frente al derecho de un acreedor judicial . . . 102

11. Subordinación . . . 103

G. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía relativo a la propiedad intelectual . . . 104

1. Aplicación del principio de la autonomía contractual . . . 104

2. Legitimación del acreedor garantizado para demandar a un infractor del derecho gravado o para renovar su inscripción registral . . . 105-108

H. Derechos y obligaciones de los terceros deudores en operaciones de financiación garantizadas por propiedad intelectual . . . 109

I. Ejecución de una garantía constituida sobre propiedad intelectual . . . 110-123

1. Intersección del régimen de las operaciones garantizadas con el régimen de la propiedad intelectual . . . 110-112

2. Ejecución de la garantía según el tipo de propiedad intelectual gravada . . . 113

3. Toma de “posesión” de la propiedad intelectual gravada . . . 114-116

4. Disposición de la propiedad intelectual gravada . . . 117

5. Derechos adquiridos a raíz de un acto de disposición de la propiedad intelectual gravada . . . 118

6. Propuesta por el acreedor garantizado de aceptar la propiedad intelectual gravada en satisfacción de la deuda . . . 119

7. Cobro de regalías y otros derechos de licencia . . . 120

8. Otros derechos contractuales del licenciante . . . 121

9. Ejecución de garantías constituidas sobre bienes corporales que lleven propiedad intelectual incorporada . . . 122

10. Ejecución de una garantía constituida sobre los derechos de un licenciatario . . . 123

J. Ley aplicable a una garantía sobre propiedad intelectual . . . 124-128

1. Ley aplicable en asuntos de propiedad intelectual . . . 124-127

2. Ley aplicable en asuntos contractuales . . . 128

K. Repercusiones de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual licenciada . . . 129-140

V. Labor futura . . . 141-143

Anexo

Efectos de un procedimiento de insolvencia sobre los derechos de un acreedor garantizado en cuatro situaciones distintas . . .

I. Introducción

1. En su 14º período de sesiones (Viena, 20 a 24 de octubre de 2008), el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) continuó su labor de preparación de un anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas[1] referente en concreto a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, conforme a una decisión adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 40º período de sesiones, celebrado en 2007[2]. La decisión de la Comisión de ocuparse del tema de las garantías constituidas sobre propiedad intelectual se adoptó al hacerse patente la necesidad de complementar la labor ya realizada en la Guía dando a los Estados una orientación específica acerca de la debida coordinación entre el régimen de las operaciones garantizadas y el aplicable a la propiedad intelectual[3].

2. En su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión examinó su labor futura acerca del régimen legal de la financiación garantizada. Se señaló que la propiedad intelectual (por ejemplo, los derechos de autor, las patentes o las marcas comerciales) se estaba convirtiendo en una fuente de crédito cada vez más importante, por lo que no debería quedar excluida de un régimen moderno de las operaciones garantizadas. Se observó, además, que las recomendaciones enunciadas en el proyecto de guía resultaban en general aplicables a las garantías reales sobre propiedad intelectual, en la medida en que no fueran incompatibles con el régimen de la propiedad intelectual. Asimismo se indicó que, dado que las recomendaciones del proyecto de guía se habían preparado sin que se tomara en consideración la problemática propia del régimen de la propiedad intelectual, era preciso que los Estados promulgantes examinaran la conveniencia de que se efectuaran ciertos ajustes en las recomendaciones que permitieran resolver dichas cuestiones[4].

3. A fin de facilitar una orientación más completa a los Estados, se sugirió que la Secretaría preparara, en cooperación con las organizaciones internacionales que tuvieran conocimientos periciales en materia de financiación garantizada y sobre el régimen legal de la propiedad intelectual, en particular con 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 de la Guía. Se sugirió también que, con miras a obtener asesoramiento pericial y colaboraciones de profesionales de este ramo, la Secretaría organizara, conforme se necesitara, reuniones de expertos y coloquios[5]. Tras deliberar, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara, en cooperación con las organizaciones competentes, y en particular con la OMPI, una nota en la que se analizara el alcance de la labor futura de la Comisión sobre la financiación garantizada por derechos de propiedad intelectual. La Comisión pidió asimismo a la Secretaría que organizara un coloquio sobre la financiación garantizada por derechos de propiedad intelectual, procurando obtener

---

[1] Esta Guía se editará posteriormente como publicación de las Naciones Unidas destinada a la venta.

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part I)), párr. 162.

[3] *Ibid.*, párr. 157.

[4] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 81 y 82.

[5] *Ibid.*, párr. 83.

la máxima participación de organizaciones internacionales competentes y de expertos de diversas regiones del mundo[6].

4. A raíz de estas solicitudes, la Secretaría organizó, en cooperación con la OMPI, un coloquio acerca de las garantías reales sobre propiedad intelectual (Viena, 18 y 19 de enero de 2007). Asistieron al coloquio expertos en materia de financiación garantizada y de regulación legal de la propiedad intelectual, así como representantes de los países y de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de ámbito nacional e internacional. Durante el coloquio se formularon varias sugerencias sobre los ajustes que sería necesario introducir en el proyecto de guía para abordar las cuestiones específicas que plantea la financiación garantizada por propiedad intelectual[7].

5. Durante la primera parte de su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007), la Comisión examinó una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual" (A/CN.9/632). En la nota se tuvieron en cuenta las conclusiones a que se llegó en el coloquio acerca de las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual. A fin de proporcionar a los Estados la suficiente orientación sobre los ajustes que podría ser preciso introducir en sus respectivas legislaciones para evitar incoherencias entre el régimen de la financiación garantizada y su legislación aplicable a la propiedad intelectual, la Comisión decidió encomendar al Grupo de Trabajo VI la preparación de un anexo que se adjuntaría al proyecto de guía y que trataría en particular de las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual[8].

6. En la segunda parte de su 40º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de diciembre de 2007), la Comisión ultimó y adoptó la Guía, quedando entendido que ulteriormente se prepararía un anexo que se adjuntaría a ella y que trataría en concreto de las garantías reales sobre propiedad intelectual[9].

7. En su 13º período de sesiones (Nueva York, 19 a 23 de mayo de 2008), el Grupo de Trabajo examinó una nota de la Secretaría titulada "Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual", que figuraba en dos documentos (A/CN.9/WG.VI/WP.33 y Add.1). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un borrador del anexo de la Guía referente a la constitución de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual en el que se recogieran las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/649, párrafo 13). Dado que el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo acerca de si ciertas cuestiones dimanantes de la repercusión de la insolvencia en el trato otorgable a una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual (véase A/CN.9/649, párrafos 98 a 102) guardaban suficiente relación con el régimen de las operaciones garantizadas para que se justificara su análisis en el futuro anexo de la Guía, decidió volver a examinar esas cuestiones en una ulterior reunión, y recomendó que se pidiera al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) que estudiara esas cuestiones (véase A/CN.9/649, párrafo 103).

---

[6] *Ibid.*, párr. 86.

[7] Véase www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html.

[8] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part I)), párrs. 156, 157 y 162.

[9] *Ibid.*, (Part II), párrs. 99 y 100.

8. En su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008), la Comisión acogió con satisfacción los progresos realizados por el Grupo de Trabajo VI. También tomó nota de la decisión del Grupo de Trabajo con respecto a algunas cuestiones relacionadas con la repercusión de la insolvencia en el trato otorgable a una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual y decidió que debía informarse al Grupo de Trabajo V e invitarlo a que, en su próximo período de sesiones, expresara una opinión preliminar. Además decidió que, en caso de que después de ese período de sesiones quedara alguna cuestión pendiente que debiera ser examinada conjuntamente por los dos grupos de trabajo, se dejara a discreción de la Secretaría la organización de un debate conjunto acerca de la repercusión de la insolvencia en el trato otorgable a una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual cuando los dos grupos de trabajo se reunieran el uno después del otro a principios de 2009[10].

II. Organización del período de sesiones

9. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 14º período de sesiones en Viena del 20 al 24 de octubre de 2008. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Australia, Austria, Bolivia, Bulgaria, Canadá, China, Colombia, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Grecia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Líbano, Malasia, México, Nigeria, Noruega, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Senegal, Suiza, Tailandia, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

10. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Angola, Arabia Saudita, Argentina, Bélgica, Burundi, Côte d'Ivoire, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, Filipinas, Indonesia, Jordania, Malí, Perú, Qatar, República Democrática del Congo, República Dominicana, Túnez, Turquía y Zambia.

11. Asistieron, además, observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI);

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Liga de los Estados Árabes;

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por el Grupo de Trabajo*: American Bar Association, Asociación Europea de Abogados de Empresa, Asociación de Propietarios Europeos de Marcas Registradas, Asociación Internacional de Abogados, *Association of Commercial Television in Europe*, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, *Commercial Finance Association*, Foro de Conciliación y Arbitraje Internacionales, *International Federation of Phonographic Industry*, *International Swaps and Derivatives Association, International Trade Mark Association* y Liga de la Industria Independiente de Cine y Televisión.

[10] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 326.

12. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

Presidenta: Sra. Kathryn Sabo (Canadá)

Relatora: Sra. Jitka Václavícková (República Checa)

13. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos:

a) A/CN.9/WG.VI/WP.34 (Programa provisional); y

b) Anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual: nota de la Secretaría (A/CN.9/WG.VI/WP.35 y Add.1).

14. 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. Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

15. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.35 y Add.1). Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo al respecto se reseñan más adelante en el capítulo IV; las secciones A a C tratan del documento A/CN.9/WG.VI/WP.35, y las secciones D a K se refieren al documento A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1. Se pidió a la Secretaría que preparara un borrador revisado del anexo en que se recogieran dichas deliberaciones y decisiones.

IV. Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual

A. Introducción

1. Antecedentes

16. Conforme a la opinión muy extendida entre las delegaciones, el análisis que se hace del fondo del proyecto es apropiado y debería insertarse en el anexo de la Guía que trata de las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual.

2. Interacción en la Guía entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual

17. Las delegaciones participantes en el Grupo de Trabajo hicieron constar su reconocimiento por la sensibilidad con que se trataba, en el proyecto de anexo, la interacción entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad

intelectual. Además, el Grupo de Trabajo puso de relieve con gratitud el espíritu de colaboración que había demostrado la OMPI, lo cual dejaba constancia de los intereses que tenían los Estados miembros de esa Organización en el proyecto. Se observó asimismo que la OMPI tenía previsto organizar una reunión de información para sensibilizar más a sus Estados miembros sobre la importancia que tenía la financiación garantizada por propiedad intelectual y sobre la labor pertinente que realizaba la CNUDMI; y distribuir entre sus Estados miembros un cuestionario con objeto de reunir información sobre las legislaciones sobre financiación respaldada por derechos de propiedad intelectual, y hacer llegar esa información al Grupo de Trabajo.

18. Si bien las delegaciones concordaron sobre la bondad de los criterios seguidos en el análisis de la interacción en la Guía entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual, se formularon una serie de comentarios y sugerencias acerca de su enunciado exacto, concretamente:

a) En el párrafo 8 (segunda frase), convendría hacer referencia al texto exacto de la recomendación 4 b) de la Guía y, en la última frase, se sugirió que la referencia al derecho interno se disociara de la referencia a los tratados internacionales, dado que el concepto exacto de "propiedad intelectual" tenía un alcance que afectaba tanto al derecho interno como a los tratados internacionales, y estos últimos no podían interpretarse de modo diferente en cada Estado contratante;

b) En el párrafo 9, debería enunciarse de forma más clara el argumento de que tal vez conviniera revisar el régimen de la propiedad intelectual cuando en él se regularan las cuestiones relativas a las garantías reales sobre propiedad intelectual de modo distinto a como se hacía en el régimen de las operaciones garantizadas y, en la última frase, se sugirió que se hiciera referencia a la necesidad de garantizar la compatibilidad entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual, y no a la necesidad de integrar ambos regímenes.

19. A reserva de las modificaciones mencionadas, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo relativa a la interacción entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual en la Guía.

3. Terminología

20. Si bien las delegaciones convinieron en que sería preciso explicar algunos de los términos y expresiones en el comentario del proyecto de anexo, algunas delegaciones formularon observaciones y sugerencias sobre el enunciado exacto de dicho comentario, concretamente:

a) Con respecto al párrafo 13, se sugirió que la expresión "derecho sobre la propiedad intelectual" (o legislación en materia de propiedad intelectual) se definiera del modo siguiente:

> "Se entenderá por 'derecho sobre propiedad intelectual', en el sentido en que se emplea esta expresión en el presente anexo, toda ley, reglamento o práctica de *common law* que rija cualquier aspecto del régimen de la propiedad intelectual de un Estado, inclusive, entre otras reglas de derecho, las leyes y reglamentos que rijan la creación, la inscripción registral, el mantenimiento, la renovación, la cesión, la venta y la transferencia de cualquier derecho de propiedad intelectual o la concesión de una licencia sobre él, así como todas

las leyes y todos los reglamentos que rijan el otorgamiento y la inscripción registral de garantías reales, gravámenes, hipotecas u otros mecanismos de garantía que se basen en derechos de propiedad intelectual";

b) En el párrafo 15, se propuso que se revisara la segunda frase de modo que dijera que una licencia creaba un derecho de propiedad; que el ejemplo se ilustrara con una referencia al trato que en algunos ordenamientos jurídicos se daba a un licenciatario exclusivo como titular de derechos; y que, en la última frase, se emplearan los términos "garantía real" del mismo modo que en la Guía;

c) En el párrafo 18, se sugirió que se aludiera a los distintos tipos de bien que cabría utilizar como bienes gravados (por ejemplo, los derechos de un titular de derechos de propiedad intelectual, los derechos de un licenciante que no fuera titular de tales derechos y los derechos de un licenciatario);

d) En el párrafo 19, se propuso que el concepto de "reclamante concurrente" se empleara del mismo modo que en la Guía y que la referencia a los "infractores" fuera delimitada, ya que únicamente los "presuntos" infractores sostendrían que tenían un crédito válido y que por ello eran genuinos reclamantes concurrentes; y

e) En el párrafo 20, se observó que debería puntualizarse que, en virtud de la Guía, un acreedor garantizado adquiría una garantía real sobre un bien gravado, pero no la propiedad sobre el mismo, sobre todo a causa de la necesidad de proteger los derechos del otorgante/propietario, y que este trato dado al acreedor garantizado no afectaba a los derechos de dicho acreedor a los efectos del régimen de la propiedad intelectual.

21. En apoyo de la definición propuesta de "legislación en materia de propiedad intelectual" se consideró que sería útil para el lector resumir el significado de la expresión, que era esencial para comprender la relación en la Guía entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual. No obstante, se especificó que en la Guía ya se puntualizaba que el término "derecho" englobaba tanto el derecho de origen legislativo como el no legislativo y que el concepto de "legislación en materia de propiedad intelectual" abarcaba un conjunto de textos legales más amplio que el régimen de la propiedad intelectual en el sentido estricto, pero a su vez más limitado que el derecho general de los contratos o de la propiedad. Se observó que la recomendación 4 b) de la Guía, seguida de un extenso comentario, debería ser suficiente, junto con un análisis de la legislación en materia de propiedad intelectual no afectada por la Guía, del régimen general de la propiedad afectado por la Guía y la legislación relacionada con la propiedad intelectual a la que se da preferencia en virtud de la recomendación 4 b). Además se señaló que, en su enunciado actual, la expresión era excesivamente amplia y podía llegar a abarcar el derecho general de los contratos y de la propiedad. Según la opinión general, el principio de remisión al derecho relativo al régimen de la propiedad intelectual solo sería aplicable a las situaciones en que ese derecho regulara las garantías reales sobre propiedad intelectual. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que restringiera el alcance de la expresión de modo que solo abarcara el derecho o la legislación que rigiera específicamente los derechos de propiedad intelectual y las garantías reales constituidas sobre tales derechos.

22. Habida cuenta de que el concepto de "reclamante concurrente" era tratado en el capítulo relativo a la oponibilidad a terceros de una garantía real, el Grupo de

Trabajo aplazó hasta una etapa posterior del período de sesiones su decisión sobre la sugerencia relativa a la referencia a los "infractores" mencionada en el párrafo 20 d) *supra*. A reserva de los otros cambios mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo relativa a la terminología.

4. Ejemplos de prácticas de financiación garantizadas por derechos de propiedad intelectual

23. Si bien en general se consideró que los ejemplos de prácticas de financiación garantizadas por tales derechos que se mencionaban en el proyecto de anexo eran útiles, algunas delegaciones formularon observaciones y sugerencias al respecto, concretamente:

a) En el párrafo 22 habría que insertar la última frase del párrafo 39 a) con una remisión suplementaria al derecho aplicable;

b) En el párrafo 23, se sugirió que se aclararan y analizaran, en los ejemplos pertinentes, los distintos tipos de bienes gravados (por ejemplo, los derechos de un titular de derechos de propiedad intelectual, los derechos de un licenciante que no sea titular de tales derechos y los derechos de un licenciatario);

c) Se propuso que se suprimiera el párrafo 25 y que, conforme a la terminología empleada en la Guía, se hiciera referencia a una garantía real constituida sobre todos los bienes de una empresa, y no a una "hipoteca sobre la empresa", y que este tipo de operación no se presentara como una tercera categoría, puesto que simplemente abarcaba garantías reales sobre bienes corporales e inmateriales, con lo que reflejaba prácticas enumeradas en las categorías primera y segunda que se analizaban, respectivamente, en los párrafos 23 y 24;

d) Se sugirió que se revisara el ejemplo citado en el párrafo 27 con miras a dejar claro que de lo que se trataba era de si una persona podía otorgar una garantía real sobre derechos en virtud de un acuerdo de licencia celebrado en el curso ordinario de los negocios de dicha persona, y de si, a resultas de ello, la garantía real era extensible a las regalías pagaderas en virtud de dicho acuerdo de licencia;

e) En el párrafo 38, se sugirió que, en vez de emplear los términos "posible prestamista", se utilizara una expresión de mayor alcance, como "acreedor garantizado" o "posible prestamista u otro posible proveedor de fondos";

f) En el párrafo 39 a) se sugirió que la última frase se trasladara al párrafo 22 enmendado, tal como se mencionaba en el apartado a) *supra*, y que se ampliara el análisis sobre la insolvencia del párrafo 39 b) y c), de modo que refleje con cierto detalle cuatro, y no dos, posibles situaciones (véase el párrafo 129 *infra*);

g) En cuanto al párrafo 40, se propuso que se revisara su texto con miras a dejar claro que una garantía real constituida sobre todos los bienes de un otorgante era útil pese a las eventuales limitaciones que previera el régimen de la propiedad intelectual, dado que una garantía real podía hacerse extensiva al producto de un derecho de propiedad intelectual inicialmente gravado y dado que, en cualquier caso, dicha garantía podría ser oponible al representante de la insolvencia en caso de insolvencia del otorgante; y

h) Acerca del párrafo 41 se sugirió una revisión con miras a que quedara claro que con una evaluación exacta de la propiedad intelectual gravada no se

incrementaba necesariamente al máximo el valor del crédito disponible y que, al igual que en el caso de cualquier otro tipo de bien gravado, cuando se gravara propiedad intelectual, el acreedor garantizado obraría normalmente con la diligencia debida a fin de cerciorarse del valor de la propiedad intelectual gravada.

24. Se pusieron reparos a la propuesta de supresión del párrafo 25. Según la opinión de muchas delegaciones, ese párrafo reflejaba una práctica distinta, por lo que debería mantenerse en el texto. Al mismo tiempo, se convino en que los ejemplos que entraban en la primera categoría se dividieran y agruparan en distintas subcategorías en función del tipo de bien gravado en cada caso. A reserva de los demás cambios mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo referente a los ejemplos de prácticas de financiación garantizadas por derechos de propiedad intelectual.

5. Objetivos clave y políticas fundamentales

25. Respecto de la sección del proyecto de anexo que trata de los objetivos clave y de las políticas fundamentales, algunas delegaciones formularon observaciones y sugerencias, como las siguientes:

a) En el párrafo 43, se sugirió que se hiciera referencia al objetivo general de la Guía de no menoscabar los objetivos del régimen de la propiedad intelectual, en vez de decir que se fomentan tales objetivos;

b) En el párrafo 44, concretamente en la última frase, debería recalcarse más el criterio de no menoscabar los objetivos del régimen de la propiedad intelectual; y

c) En el párrafo 45, se sugirió que se suprimiera la primera frase, habida cuenta de que la Guía no abordaba las cuestiones de la pérdida de valor o del abandono de derechos de propiedad intelectual por parte de su titular o del acreedor garantizado; y, en la última frase, se propuso que el texto aludiera simplemente a una licencia en general, y no a una "licencia personal".

26. En concreto, se sugirió que se revisara el párrafo 45 sustituyéndolo por un texto del siguiente tenor:

> "De modo similar, este objetivo clave de fomentar la concesión de crédito financiero garantizado sin menoscabar los objetivos del régimen de la propiedad intelectual significa que ni la aplicación de un régimen de las operaciones financieras garantizadas ni la constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual debe suponer una merma del valor de la propiedad intelectual gravada. Es por ello importante señalar que la constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual no debe ser falsamente entendida como un acto constitutivo de abandono no intencional del derecho de propiedad intelectual gravado (por ejemplo, el hecho de que no se utilice debidamente una marca comercial, de que no se utilice la marca en todos los bienes o servicios o de que no se mantenga un control de calidad adecuado puede dar lugar a una pérdida de valor de la propiedad intelectual o constituir un abandono de la misma) por su titular o por el acreedor garantizado. Además, respecto de los bienes o servicios asociados con las marcas, el régimen de las operaciones garantizadas debería evitar toda práctica que pueda crear confusión entre los consumidores en cuanto a la fuente de los bienes o

servicios (por ejemplo, el hecho de que un acreedor garantizado sustituya el nombre y la dirección del fabricante que figuren en las mercancías por un adhesivo en el que aparezca su nombre y dirección, o el hecho de que retenga la marca y la utilice para vender los bienes en un Estado en que la marca sea propiedad de otra persona). Por último, el régimen de las operaciones garantizadas no debería disponer que la supuesta constitución de una garantía real sobre derechos del licenciatario que, con arreglo al régimen de la propiedad intelectual, no sean intransferibles, salvo con el consentimiento del licenciante, pueda dar lugar a la transferencia de tales derechos sin el consentimiento de su titular."

27. Se indicó que la razón por la cual se habían propuesto estos cambios era la necesidad de especificar el importante objetivo de no perjudicar los derechos de propiedad intelectual a causa de la existencia de un régimen de las operaciones financieras garantizadas, así como la necesidad de poner de relieve que las recomendaciones de la Guía no causarían tales perjuicios. Se sugirió que se suprimiera la referencia al acreedor garantizado en la segunda frase, dado que un derecho de propiedad intelectual solo podía ser abandonado por el titular de tal derecho. Además se propuso que, en la última frase, se hiciera referencia al régimen de la propiedad intelectual "aplicable". A este respecto, se sugirió que se reformulara la primera frase del párrafo 44, a fin de no dar la impresión de que el único objetivo del régimen de la propiedad intelectual era fomentar las innovaciones.

28. A reserva de los otros cambios mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de esta sección del proyecto de anexo.

B. Ámbito de aplicación y autonomía contractual de las partes

1. Amplio ámbito de aplicación

29. Respecto de la sección del proyecto de anexo que trata del amplio ámbito de aplicación, las delegaciones formularon, entre otras, las siguientes observaciones y sugerencias:

a) El párrafo 47 debería revisarse para que dijera que, en algunas circunstancias (según las reglas aplicables), podría constituirse una garantía real incluso sobre un bien que no fuera transferible, aun cuando dicha garantía real no resultara ser ejecutable;

b) El párrafo 50 debería revisarse con miras a especificar que todo régimen general de las garantías reales convertiría en innecesarias las cesiones ficticias, y habría que agregar una recomendación en el sentido de que, a menos que el régimen de la propiedad intelectual dispusiera otra cosa, un acreedor garantizado pudiera acordar quién tendría derecho a adoptar las medidas necesarias para proteger el derecho de propiedad intelectual gravado;

c) El párrafo 51 debería revisarse de modo que dispusiera que los Estados que promulgaran el régimen recomendado en la Guía tal vez desearan revisar sus respectivos regímenes de la propiedad intelectual con miras a sustituir todos los mecanismos, mediante los cuales pudiera constituirse una garantía real sobre propiedad intelectual (inclusive sobre cesiones ficticias) por una garantía real general;

d) En el párrafo 54 debería hacerse mayor hincapié en que la lista de cuestiones que figura a continuación de dicho párrafo era una lista no exclusiva;

e) En el párrafo 54 habría que revisar del modo siguiente la lista de cuestiones enunciadas en relación con los derechos de autor:

"i) La determinación de quién es el autor o el coautor;

ii) La duración del amparo que brindan los derechos de autor;

iii) Los derechos económicos conferidos en virtud del régimen y las limitaciones del amparo por los derechos de autor, así como las excepciones a tal protección;

iv) La naturaleza de la materia objeto de amparo (la expresión incorporada a la obra, frente a la idea a partir de la cual se generó, y la línea divisoria entre ambas);

v) La transferibilidad de los derechos económicos, las posibilidades de revocar transferencias y licencias y otras disposiciones que regulen las transferencias de derechos o la concesión de licencias sobre ellos;

vi) El alcance de la transferibilidad de los derechos morales;

vii) Las presunciones relativas al ejercicio y a la transferencia de derechos y las limitaciones referentes a las personas que pueden ejercer derechos;

viii) La atribución de la propiedad original en el caso de obras hechas por encargo y de obras generadas por un empleado en cumplimiento de sus funciones;"

f) Convendría revisar la referencia a la protección dada a una marca comercial sobre la base del criterio de la primera persona que la utilice o de la primera persona que la inscriba en un registro;

g) El párrafo 63 debería revisarse para que dispusiera que la titularidad, en lo que respecta a la propiedad intelectual, estaba sujeta al régimen de la propiedad intelectual; que el carácter jurídico de una transferencia efectuada con fines de garantía como mecanismo de garantía se regía por el régimen general de la propiedad y por el régimen de las operaciones garantizadas; y que el carácter jurídico de una licencia estaba regulado por el régimen de la propiedad intelectual y por el derecho de los contratos y obligaciones; y

h) El párrafo 64 debería revisarse con objeto de puntualizar que no sería aplicable ninguna norma del régimen de las operaciones garantizadas en materia de ejecución si fuera incompatible con las normas del régimen de la propiedad intelectual que rigieran la ejecución de las garantías reales sobre propiedad intelectual.

30. Se formularon reservas acerca de la sugerencia mencionada en el párrafo 29 a) s*upra*. A este respecto, un gran número de delegaciones consideró que no podía gravarse un bien intransferible. También se pusieron reparos a la sugerencia de introducir en el texto una recomendación sobre quién tendría derecho a adoptar las medidas necesarias para proteger el derecho de propiedad intelectual gravado si el régimen de la propiedad intelectual no regulaba la cuestión. Según la opinión general, este tema entraba en el ámbito del régimen de la propiedad intelectual.

A reserva de las demás modificaciones mencionadas, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de esta sección del proyecto de anexo.

2. Aplicación del principio de la autonomía de las partes a las garantías reales sobre propiedad intelectual

31. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la aplicación del principio de la autonomía de las partes a las garantías reales sobre propiedad intelectual.

C. Constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual

1. Los conceptos de constitución de una garantía real y de oponibilidad de una garantía a terceros

32. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de los conceptos de constitución de una garantía real y de oponibilidad de una garantía a terceros.

2. Concepto unitario de una garantía real

33. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo en la que se analiza el concepto unitario de una garantía real.

3. Requisitos para la constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual

34. Con respecto al párrafo 73, se sugirió que en su texto se hiciera referencia a la inscripción de una garantía real en un registro de la propiedad intelectual y que se suprimiera la última frase de dicho párrafo, pues trataba de la oponibilidad de las garantías a terceros, y no de temas referentes a la constitución de garantías reales. A reserva de estas modificaciones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de los requisitos para la constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual.

4. Derechos de un otorgante sobre la propiedad intelectual que vaya a gravarse

35. Con respecto al párrafo 75, se sugirió que se suprimiera la última frase, pues en ella se trataban cuestiones que, en ese contexto, no resultaban particularmente pertinentes. Se sugirió asimismo que se modificara el encabezamiento de modo que dijera “derechos relativos a la propiedad intelectual”, ya que la expresión “derechos sobre la propiedad intelectual” podría dar pie a que se entendiera únicamente referida a los derechos del titular de tales derechos. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de los derechos de un otorgante sobre la propiedad intelectual que vaya a gravarse.

5. Distinción entre un acreedor garantizado y el titular de derechos en lo que respecta a la propiedad intelectual

36. Se sugirió que se revisara el párrafo 76 para dejar claro que la expresión “derechos del titular” pretendía denotar a un propietario y que un acreedor garantizado no constituía un propietario para los fines del régimen de las operaciones garantizadas, lo cual no sería óbice para que el acreedor garantizado

recibiera otro trato a efectos del régimen de la propiedad intelectual. A este respecto, se convino en que el significado dado al concepto de "titular de derechos" en el proyecto de anexo no afectaría al significado exacto que tuviera en virtud del régimen de la propiedad intelectual.

37. Con respecto al párrafo 77, se sugirió que su texto fuera revisado con palabras del siguiente tenor:

> "Conforme a lo dispuesto en el capítulo de la Guía relativo a la ejecución, en caso de incumplimiento por parte del otorgante, la parte garantizada podrá disponer del bien gravado o proponer que pase a ser suyo como forma de cobro de la obligación garantizada (véanse las recomendaciones 156 y 157). En las debidas circunstancias, el acreedor garantizado puede ser el comprador en una venta pública que él mismo organice (véanse las recomendaciones 141 y 148). Así pues, si bien la constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual no entraña un cambio en la titularidad de la propiedad intelectual y nada de lo dispuesto en la Guía prevé un cambio en la titularidad de los derechos de propiedad intelectual, a menudo la ejecución de la garantía real dará lugar a una transferencia de los derechos del otorgante sobre la propiedad intelectual (con lo que podrá cambiar la identidad del titular de los derechos, en función de lo que disponga el régimen de la propiedad intelectual). En situaciones en que la ejecución de la garantía real sobre la propiedad intelectual traiga consigo el derecho del acreedor garantizado a disponer de ella o a retenerla como forma de cobro de la obligación garantizada, la titularidad podrá quedar transferida, en ese momento, al acreedor garantizado."

38. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la distinción entre un acreedor garantizado y un titular de derechos en lo que respecta a la propiedad intelectual.

6. Tipos de derechos de propiedad intelectual que podrán estar sujetos a una garantía real

39. Se sugirió que se sustituyera el título por otro del siguiente tenor: "Categorías de bienes gravados en un contexto de propiedad intelectual".

40. Se sugirió que, en el párrafo 80, se dejara claro si el derecho a demandar a los infractores, que era un derecho accesorio del titular de derechos de propiedad intelectual, podía utilizarse como garantía para respaldar un crédito con independencia de los otros derechos que tuviera dicho titular.

41. Se estimó también que deberían exponerse ejemplos de sistemas de evaluación, ya que, si bien la evaluación de los derechos de un titular no era una cuestión jurídica, constituía un importante requisito para la utilización de derechos de propiedad intelectual como garantía para respaldar un crédito. A este respecto, se hizo referencia a la labor realizada por la OMPI y por la Organización Internacional de Normalización.

42. Se sugirió que, en el texto del párrafo 82, se aclarara que la inalienabilidad podía dimanar de: a) un contrato que fuera ejecutable por ley; b) una regla jurídica independiente de todo contrato; o c) situaciones en las que una garantía real sobre un bien no transferible se hiciera extensiva al producto de dicho bien.

43. Se consideró que, en el párrafo 83, habría que analizar también la cuestión del valor de los derechos contractuales del licenciante, al margen del derecho de este a reclamar regalías.

44. Se estimó que, en el párrafo 84, habría que puntualizar que: a) si bien, a los efectos del régimen de las operaciones garantizadas, las regalías se tratarían del mismo modo que cualquier otro crédito por cobrar, el trato que se les daría para otros fines como parte del derecho de propiedad intelectual del que dimanaban no se vería afectado; b) las recomendaciones de la Guía en lo que respecta a una garantía real constituida sobre un bien que sea extensible al producto, la oponibilidad de tal garantía a terceros y su prelación serían aplicables a las regalías al ser el producto de la propiedad intelectual; y c) era preciso remitir al párrafo 85, a fin de dejar claro que un licenciatario podía oponer a un cesionario de las regalías todas las excepciones o todos los derechos de compensación que el licenciatario pudiera oponer al licenciante (véase la recomendación 120 de la Guía).

45. Se sugirió que en la última frase del párrafo 87, en vez de hacerse referencia a la Guía en general, se aludiera a su recomendación 24, a fin de no dar la impresión de que, por ejemplo, el licenciante controlaba los pagos de regalías incluso en situaciones en que el licenciatario hubiera constituido una garantía real sobre los pagos de regalías que le correspondieran, o de que, en el caso de insolvencia del licenciatario, el licenciante recibiría un trato de acreedor privilegiado, y no de acreedor no garantizado u ordinario.

46. Se consideró que, en el párrafo 90, no era preciso aludir al derecho del licenciatario a reclamar regalías ya que, si este tuviera un derecho a reclamarlas, lo haría en calidad de sublicenciante, y así el análisis de los derechos del licenciante expuesto en párrafos anteriores resultaría suficiente.

47. Si bien se expresaron algunas dudas sobre la conveniencia de mantener en el párrafo 94 la segunda parte de la recomendación que figuraba en él, se convino en que la recomendación era útil y que debería mantenerse con dos condiciones: a) que se aclarara el contexto con palabras del siguiente tenor: “En caso de una garantía real constituida sobre un bien corporal respecto del cual se utilice propiedad intelectual”; y b) que se ampliara el comentario con el fin de explicar, en particular, la segunda parte de la recomendación, pero también el significado de las palabras “hacer uso de los bienes corporales”.

48. A reserva de los cambios mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de los tipos de derechos de propiedad intelectual que pueden gravarse con una garantía real.

7. Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual futuros

49. Se sugirió que, en el párrafo 95, se especificara que la recomendación 17 de la Guía era aplicable a la propiedad intelectual, a reserva de lo dispuesto en la recomendación 4 b) de la Guía.

50. Se estimó que la referencia que se hacía en el párrafo 96 a las prohibiciones legislativas resultantes de la aplicación del principio *nemo dat* (conforme al cual nadie podía otorgar más derechos de los que tuviera) era innecesaria, puesto que era aplicable a todos los tipos de bien en virtud de la aplicación de los principios del régimen general de la propiedad.

51. Con respecto al párrafo 98, se sugirió que el texto de la primera frase se armonizara más con la recomendación 4 b) de la Guía.

52. A reserva de los cambios mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual futuros.

8. Limitaciones legislativas o contractuales de la transferibilidad de un derecho de propiedad intelectual

53. Se sugirió que en el párrafo 100 se hiciera referencia al artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[11], relativo a la eficacia de una cesión de créditos por cobrar. A reserva de esta modificación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de las limitaciones legislativas o contractuales de la transferibilidad de un derecho de propiedad intelectual.

9. Financiación de adquisiciones y acuerdos de licencia

54. Se convino en que la única idea que habría que mantener en los párrafos 101 y 102 era la de que el acuerdo de licencia no constituía una operación garantizada. Se pidió a la Secretaría que insertara esta frase en el lugar apropiado del proyecto de anexo.

D. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual

1. La noción de la oponibilidad a terceros

55. Se sugirió que los párrafos 1 y 2 fueran remodelados de modo que trataran del concepto de la oponibilidad a terceros, y no de la cuestión de cómo podía lograrse tal oponibilidad, ya que dicha cuestión se abordaba en los párrafos 5 y 6. Con respecto al párrafo 2, se sugirió que en él se hiciera una distinción entre las situaciones en que una garantía real pudiera adquirir eficacia frente a terceros mediante su inscripción en el registro general de garantías reales o en el registro pertinente de la propiedad intelectual, por un lado, y las situaciones en que la inscripción de una garantía real en el registro pertinente de la propiedad intelectual fuera exclusiva, por otro. Se señaló que, en el segundo caso, la recomendación 4 b) sería aplicable y tendría como consecuencia que la inscripción de la garantía en el registro pertinente de la propiedad intelectual se convertiría en el método exclusivo para lograr la oponibilidad a terceros de las garantías sobre propiedad intelectual.

56. Se sugirió que se reformulara el párrafo 4, agregándosele un análisis de los conceptos de “terceros” y “oponibilidad a terceros”, en vez de analizarse los conceptos de “reclamante concurrente” y “prelación”. Según una opinión muy general entre las delegaciones, si bien los infractores eran terceros frente a los cuales una garantía real tendría eficacia, no eran reclamantes concurrentes, a menos que tuvieran un crédito legítimo que estuviera debidamente reconocido. A este respecto, se sostuvo que si un “presunto infractor” tenía un crédito legítimo, la

[11] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.04.V.14.

cuestión que se plantearía sería la de los derechos del otorgante de la garantía real y la del principio *nemo dat,* ya que si el presunto infractor era un reclamante legítimo, posiblemente el otorgante no habría tenido derecho a gravar al constituirse la garantía real.

57. A reserva de los cambios mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata del concepto de la oponibilidad a terceros.

2. Oponibilidad a terceros de las garantías sobre propiedad intelectual inscribibles en un registro de la propiedad intelectual

58. Se sugirió que en el párrafo 5 se puntualizara que si la inscripción en un registro especial no entrañaba efectos para los terceros, tal registro no cumpliría los requisitos para ser considerado un registro especial respecto del cual pudieran aplicarse las recomendaciones pertinentes de la Guía. A este respecto se observó que, aun cuando la inscripción de una garantía real en el registro pertinente de la propiedad intelectual tuviera efectos constitutivos, el registro seguiría considerándose un registro especial en virtud de la Guía, al menos por cuanto la garantía real en él inscrita adquiriría eficacia frente a todas las partes.

59. Se sugirió que el párrafo 6 especificara que las situaciones en él descritas eran situaciones a las que, en virtud de la recomendación 4 b) de la Guía, sería aplicable la legislación en materia de propiedad intelectual.

60. Se estimó que los párrafos 8 a 11 deberían enmendarse para tratar principalmente de la oponibilidad a terceros, y no de cuestiones de prelación.

61. Se sugirió que en el párrafo 9 se especificara que las personas que consultaran el registro serían reclamantes potencialmente concurrentes respecto de la propiedad intelectual gravada. Se sugirió asimismo que se restara importancia a las dificultades, mencionadas en el texto, que pudiera plantear la búsqueda o consulta doble (en dos registros), dado que este tipo de consultas dobles se realizaba sin grandes dificultades en varios Estados.

62. A reserva de los cambios mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la oponibilidad a terceros de las garantías reales sobre propiedad intelectual que sean inscribibles en un registro de la propiedad intelectual.

3. Oponibilidad a terceros de las garantías sobre propiedad intelectual no inscribibles en un registro de la propiedad intelectual

63. Se sugirió que se hiciera referencia a la inscripción registral de una notificación sobre garantías reales constituidas sobre secretos comerciales. Se sostuvo que, por motivos de confidencialidad, las garantías reales sobre secretos comerciales no podían inscribirse en un registro de la propiedad intelectual. Se observó asimismo que, en cambio, era posible inscribir una notificación relativa a una garantía real sobre secretos comerciales debido al número limitado de datos que se revelaban en tal notificación. A este respecto se sugirió también que en el proyecto de anexo se examinaran los denominados “acuerdos condicionales de tecnología para terceros”, en virtud de los cuales, por ejemplo, se podía dar a un licenciatario acceso a programas informáticos sujetos a derechos de autor o a

secretos comerciales en caso de que el licenciante pusiera fin a su apoyo, a su mantenimiento o a la elaboración del producto licenciado. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la oponibilidad a terceros de las garantías reales que no sean inscribibles en un registro de la propiedad intelectual.

E. Sistema de inscripción registral

1. Registro general de las garantías reales

64. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata del registro general de las garantías reales.

2. Registros destinados a ciertas categorías de propiedad intelectual

65. Se sugirió que en el párrafo 18 se hiciera referencia a otros regímenes internacionales de inscripción registral como los del Tratado sobre el Derecho de Patentes (Ginebra, 2000) y el del Reglamento del Consejo Europeo Nº 40/941, de 20 de diciembre de 1993, sobre las marcas comerciales comunitarias. Se opinó que la mención de ejemplos de sistemas internacionales de inscripción registral que permitieran inscribir garantías reales sobre propiedad intelectual sería útil para complementar el análisis sobre la inscripción registral y la coordinación de registros. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de los registros destinados a ciertas categorías de propiedad intelectual.

3. Coordinación de registros

66. Se convino en invitar a los legisladores a que revisaran sus respectivos sistemas de registros generales de garantías reales y de la propiedad intelectual para cerciorarse de que son compatibles entre sí. Se convino también en que en esta sección se hicieran remisiones a los ejemplos 2 a 5 enunciados en la sección D del capítulo I del proyecto de anexo, pues esos ejemplos trataban de los efectos de la inscripción en registros de la propiedad intelectual y en registros generales de garantías reales, así como de la relación entre ambos tipos de registros. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la coordinación de registros.

4. Inscripción de avisos acerca de las garantías constituidas sobre derechos de propiedad intelectual futuros

67. Se sugirió que, en la primera frase del párrafo 21, se hiciera referencia a la inscripción de un “aviso” o de una “notificación” referente a una garantía real sobre propiedad intelectual.

68. Se sugirió que, en el párrafo 22, se analizara la posibilidad de inscribir garantías reales sobre propiedad intelectual mientras se estuviera tramitando la solicitud de inscripción de propiedad intelectual en el registro de la propiedad intelectual.

69. A reserva de los cambios mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la inscripción de avisos o

notificaciones acerca de las garantías constituidas sobre derechos de propiedad intelectual futuros.

5. Inscripción o consulta en dos registros

70. Se sugirió que, en el párrafo 24, se agregara a la lista de casos referentes a la inscripción exclusiva en el registro general de las garantías reales para fines de operaciones garantizadas un cuarto caso referente a las situaciones en que la inscripción de una garantía real en un registro de la propiedad intelectual no tuviera efectos para terceros.

71. Se sugirió que, en el párrafo 25, se diera menos relieve a la afirmación de que el deber de diligencia era "igualmente" aplicable a todo otro bien mueble gravable, ya que, si bien el principio de la diligencia debida era el mismo, su naturaleza exacta podía variar en cierta medida en función del tipo concreto de bien en cada caso.

72. A reserva de los cambios mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la inscripción o consulta en dos registros.

6. Fecha de validez de la inscripción

73. Se sugirió que la sección del proyecto de anexo que trata de la fecha de validez de la inscripción fuera objeto de una nueva redacción, para tratar de cuestiones relativas a la validez para los terceros, y no de cuestiones de prelación, o que fuera trasladada a la sección dedicada al tema de la prelación. Se consideró que podían surgir problemas sobre la eficacia frente a terceros a causa de las distintas fechas de validez de una inscripción en el registro general de las garantías reales y en el registro pertinente de la propiedad intelectual.

74. A reserva de que se enmiende esta sección, a fin de que trate de las fechas de validez de la inscripción en el registro general de garantías reales y en el registro pertinente de la propiedad intelectual, en vez de ocuparse de cuestiones de prelación, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de dicha sección del proyecto de anexo.

7. Repercusión de la transferencia de un derecho de propiedad intelectual gravado sobre la validez de la inscripción

75. Se sugirió que, en el párrafo 28, se explicara más la tercera vía haciendo referencia al hecho de que el acreedor garantizado no tendría necesidad de inscribir una enmienda con la identidad del nuevo cesionario y al hecho de que el cesionario adquiriría el bien gravado quedando sujeto a la garantía real.

76. Se sugirió que se modificara el párrafo 30 a fin de que no pudiera dar la falsa impresión de que, en lo que se refiere a las garantías reales sobre propiedad intelectual, en el proyecto de anexo se recomendaba a los Estados que, en relación con la propiedad intelectual gravada, adoptaran una decisión distinta a la que tomaran respecto de otros tipos de bienes gravados en lo que se refiere a las cuestiones especificadas en la recomendación 62 de la Guía.

77. Ahora bien, se formuló la reserva de que, si la tercera vía mencionada en el párrafo 28 no pasaba a ser el enfoque recomendado respecto de las garantías reales sobre propiedad intelectual, un acreedor garantizado tendría que inscribir enmiendas

en el registro cada vez que la propiedad intelectual gravada fuera objeto de una transferencia, de una licencia o de una sublicencia no autorizadas, corriendo el riesgo de perder su garantía real si no era informado a tiempo y no actuaba con celeridad. En particular se sostuvo, en relación con las licencias y las sublicencias, que si el acreedor garantizado no hubiera autorizado la concesión de una licencia y hubiera ejecutado su garantía real, el acto de ejecución implicaría la revocación de la licencia y de toda sublicencia, con lo cual todos los "licenciatarios" se convertirían en infractores. A este respecto se observó que, tal como se había convenido en el Grupo de Trabajo, la cuestión de la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre propiedad intelectual frente a los infractores debería dejarse en manos del régimen de la propiedad intelectual.

78. Frente a este argumento, se consideró que, al menos en el caso de la propiedad intelectual para la que existiera un registro especial, el cesionario tendría que inscribir la transferencia en el registro y podría informarse al acreedor garantizado. Se observó asimismo que la recomendación 62 era únicamente aplicable a las transferencias y que, conforme a la Guía, las licencias no constituían transferencias. No obstante, dado que la caracterización de una licencia entraba en el ámbito del régimen de la propiedad intelectual, se señaló que si, en virtud de dicho régimen, un determinado tipo de licencia (por ejemplo, una licencia exclusiva) era considerada una transferencia y era tratada como tal, el hecho de que en el régimen de la propiedad intelectual tal licencia fuera tratada así implicaría que, en el marco de la Guía, también sería considerada una transferencia. A este respecto se mencionó que las recomendaciones generales deberían ser aplicables con miras a proteger las transferencias efectuadas o las licencias concedidas en el curso ordinario de los negocios y, por lo tanto, correspondería a cada Estado promulgante elegir una de las tres vías expuestas en el párrafo 28 (véanse los párrafos 97 a 100 *infra*).

79. A reserva de los cambios mencionados en los párrafos 75 y 76 *supra*, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la repercusión de la transferencia de un derecho de propiedad intelectual gravado sobre la validez de la inscripción.

8. Inscripción de las garantías sobre marcas comerciales

80. El Grupo de Trabajo procedió a examinar las recomendaciones relativas a la inscripción registral de garantías reales sobre marcas (es decir, marcas comerciales y marcas de servicios) formuladas por la Asociación Internacional de Marcas Comerciales, con miras a determinar si eran compatibles con la Guía.

81. Se estimó que las recomendaciones hechas en los apartados a), b), f) y g) del párrafo 32, referentes a la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre una marca, eran compatibles con la Guía, pues fomentaban los objetivos de transparencia y de inscripción en un registro especial o en un registro de garantías reales u otro registro comercial. En respuesta a una pregunta, se indicó que las recomendaciones no trataban de la prelación y que dejaban esta cuestión al arbitrio del derecho interno. Se convino en que ese enfoque sería compatible con la Guía, la cual, una vez promulgada, formaría parte del derecho interno.

82. Se observó asimismo que la recomendación del párrafo 32 c), en virtud de la cual la constitución de una garantía real sobre una marca no daba lugar a una transferencia de la marca ni confería al acreedor garantizado el derecho a utilizarla,

era también compatible con la Guía. A este respecto, se opinó que, en caso de ejecución, el acreedor garantizado podía vender la marca, pero no utilizarla. Con respecto a la recomendación del párrafo 32 l) se señaló además que, si el acreedor garantizado no podía utilizar la marca y el representante de la insolvencia tampoco la utilizaba, dicha marca podía perderse. Frente a este argumento se respondió que el acreedor garantizado tenía el derecho a mantener la marca, pero no estaba obligado a hacerlo, y que el concepto de la "no utilización excusable" de una marca podría implicar que dicha marca fuera preservada en caso de no ser utilizada a causa de la insolvencia del titular de los derechos sobre ella.

83. Además, se observó que la recomendación del párrafo 32 d) era compatible con la Guía debido a que preveía una regla supletoria para que las partes ejercieran derechos dentro de los límites del derecho aplicable. En cuanto a la recomendación del párrafo 32 e), se estimó que era compatible con la Guía, ya que ponía de relieve la importancia de la valoración de las marcas sin sugerir ningún método o sistema concreto para tal valoración. Con respecto a la recomendación del párrafo 32 h), se consideró que era compatible con la Guía por cuanto recomendaba la inscripción de notificaciones incluso en relación con los registros de marcas. En respuesta a una pregunta, se observó que las recomendaciones no eran aplicables a las marcas que no fueran inscribibles. A raíz de otra pregunta, se indicó que las palabras "en la fecha de validez de la garantía real" se referían a la validez de dicha garantía entre las partes y no a su validez frente a terceros.

84. Se observó que las recomendaciones de los apartados i), j) y k) del párrafo 32 eran compatibles con la Guía, pues preveían mecanismos de ejecución eficaces y la inscripción de toda sentencia o decisión administrativa revocatoria. En cuanto a la recomendación del párrafo 32 m), sujeta a la aprobación de las autoridades gubernamentales competentes, se opinó que era compatible con las recomendaciones de la Guía en lo relativo a un procedimiento de inscripción eficaz.

85. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se mantuvieran en el texto las recomendaciones referentes a la inscripción de las garantías reales sobre marcas. Con respecto a la presentación de recomendaciones, el Grupo de Trabajo convino en que, si bien el párrafo 31 debería mantenerse en la sección del proyecto de anexo que trataba de la inscripción de las garantías reales sobre marcas comerciales, las recomendaciones del párrafo 32 deberían insertarse en las secciones pertinentes de dicho documento.

F. Prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual

1. El concepto de la prelación

86. Se sugirió que, en el párrafo 33, se diera menos relieve a la afirmación relativa a un segundo cesionario que obtenga una transferencia de un titular de derechos que ya haya transferido sus derechos, dado que, en algunos Estados, el segundo cesionario podría ser objeto de protección por tratarse de un comprador de buena fe. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata del concepto de la prelación.

2. Identificación de los reclamantes concurrentes

87. Se sugirió que, en el párrafo 34, habida cuenta de las anteriores deliberaciones del Grupo de Trabajo (véase el párrafo 20 d) *supra*), se suprimiera la referencia a los "infractores" en el examen de la cuestión de los reclamantes concurrentes. Se sugirió también que, en la tercera frase, la referencia al principio de remisión al régimen de la propiedad intelectual fuera objeto de una única frase, complementada con la idea de que tal principio solo sería aplicable cuando existiera una regla distinta que se aplicara "específicamente" a las garantías reales sobre propiedad intelectual. Se sugirió también que se evitaran repeticiones o solapamientos con la sección de terminología. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la identificación de los reclamantes concurrentes.

3. Importancia del conocimiento que se tenga de una transferencia o gravamen anterior

88. Se sugirió que, en la segunda línea del párrafo 36, se intercalaran las palabras "por lo general" entre "no será" y "un factor determinante". En la segunda frase se propuso también que se sustituyeran las palabras "un aviso de su garantía" por "un aviso de la garantía real anteriormente constituida". Además, se sugirió que se suprimiera la referencia a la primacía de la legislación en materia de propiedad intelectual, dado que las reglas de prelación basadas en el conocimiento previo no eran específicamente aplicables a la propiedad intelectual sino a todos los bienes en general. Esta sugerencia fue objeto de reservas por estimarse que esa cuestión debería dejarse en manos del régimen de la propiedad intelectual. Tras deliberar, se convino en añadir al párrafo palabras que restringieran la aplicación del principio de la primacía del régimen de la propiedad intelectual aludiendo a la existencia de reglas de prelación basadas en el conocimiento previo que fueran específicamente aplicables a la propiedad intelectual. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la importancia del conocimiento que se tenga de una transferencia o gravamen anterior.

4. Prelación de una garantía inscrita en un registro de la propiedad intelectual

89. Se sugirió que, en el párrafo 37, se puntualizara que en la Guía solo se hacía referencia a los sistemas de registros especiales cuando estos permitían la inscripción de garantías reales y tal inscripción tenía efectos para los terceros. Por otra parte, se estimó que el párrafo 39 tal vez no fuera necesario, ya que, de no producirse ninguna inscripción, una garantía real carecería de eficacia frente a terceros, con lo cual el párrafo 40 sería suficiente. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la prelación de una garantía real inscrita en un registro de la propiedad intelectual.

5. Prelación de una garantía real no inscribible en un registro de la propiedad intelectual

90. Se sugirió que en el párrafo 42 se hiciera referencia a la recomendación 13 de la Guía, en virtud de la cual el otorgante tenía que tener derechos sobre el bien que se fuera a gravar o tenía que estar facultado para gravarlo a fin de que el acreedor garantizado pudiera adquirir una garantía real. Se sugirió asimismo que se aludiera

al régimen de la propiedad intelectual de algunos Estados, que permitía la adquisición de una garantía real por parte de una persona que ignorara que el otorgante no tenía derechos sobre el bien que fuera a gravarse. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la prelación de una garantía real no inscribible en un registro de la propiedad intelectual.

6. Derechos reconocidos al cesionario de propiedad intelectual gravada

91. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de los derechos reconocidos al cesionario de propiedad intelectual gravada.

7. Derechos de los licenciatarios en general

92. En el Grupo de Trabajo se expresaron opiniones divergentes acerca de si un licenciatario de propiedad intelectual gravada podía adquirir la licencia libre de la garantía real que el titular de los derechos de propiedad intelectual hubiera constituido y que hubiera hecho oponible a terceros antes del otorgamiento de la licencia. Según una opinión, era preciso que el acreedor garantizado autorizara la licencia en el acuerdo de garantía. De no ser así, el acreedor garantizado podría considerar que la concesión de una licencia constituía un acto de incumplimiento y podría así ejecutar su garantía real cobrando las regalías o vendiendo la licencia. Según otra opinión, cabía proteger al acreedor garantizado de dos maneras. El acreedor garantizado podría inscribir en un registro su garantía real sobre la propiedad intelectual gravada o convenir con el otorgante en que, como acreedor garantizado, pasaría a ser el titular de los derechos (es decir, se convertiría en un cesionario), si el régimen de la propiedad intelectual lo permitía. En el primer caso, un licenciatario subsiguiente adquiriría la licencia sujeta al gravamen de la garantía real con el resultado de que, en caso de incumplimiento, el acreedor garantizado podría ejecutar su garantía real y cobrar las regalías adeudadas en virtud del acuerdo de licencia o bien vender la licencia. En el segundo caso, toda licencia concedida por el otorgante de la garantía real sería un acto no autorizado y constituiría tanto un incumplimiento como una infracción.

93. En el Grupo de Trabajo hubo acuerdo general sobre el principio de que un licenciatario debería adquirir una licencia sobre propiedad intelectual gravada quedando sujeto a una garantía real que hubiera constituido el licenciante y que hubiera sido oponible a terceros en el momento de ser otorgada la licencia. Además, las delegaciones coincidieron en general en que un licenciatario debería adquirir la licencia libre del gravamen de la garantía real si el acreedor garantizado hubiera autorizado la licencia exenta de la garantía real. No obstante, se expresaron opiniones divergentes acerca de si un licenciatario no exclusivo que actuara en el curso ordinario de sus negocios debería también adquirir la licencia sin el gravamen de la garantía real (véanse los párrafos 97 a 100 *infra*).

94. Con respecto a los párrafos 45 y 46, se estimó que debería aclararse que la ejecución de una garantía real sobre propiedad intelectual licenciada que fuera oponible a terceros podría implicar la transferencia de la propiedad intelectual gravada y, por tanto, la revocación de la licencia, y no que el acreedor garantizado pudiera poner fin a un acuerdo de licencia en el que no fuera parte.

95. Se sugirió que en el párrafo 46 se puntualizara que el mero hecho de que un titular de derechos constituyera una garantía real sobre su propiedad intelectual no impedía que dicho titular otorgara licencias. Además se sostuvo que, a fin de que una cláusula del acuerdo de garantía, por la que se impidiera al titular de los derechos otorgar licencias, tuviera efectos para los licenciatarios terceros, sería preciso efectuar una inscripción registral de tal cláusula. Frente a este argumento, se señaló que muchos regímenes de la propiedad intelectual no preveían la inscripción de garantías reales, y que, conforme a la Guía, el registro general de las garantías reales no estaba concebido de modo tal que pudieran inscribirse en él acuerdos de garantía o varias cláusulas de tales acuerdos. Se observó asimismo que la cuestión de si una licencia estaba autorizada o no entraba en el ámbito del régimen de la propiedad intelectual.

96. A reserva de los cambios mencionados y del análisis de los derechos de los licenciatarios no exclusivos que actúen en el curso ordinario de sus negocios (véanse a continuación los párrafos 97 a 100), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de los derechos de los licenciatarios en general.

8. Derechos del licenciatario no exclusivo de una licencia concedida en el curso ordinario de los negocios

97. En el Grupo de Trabajo se expresaron opiniones discordantes acerca de si un licenciatario no exclusivo de una licencia concedida en el curso ordinario de los negocios adquiriría la licencia libre del gravamen de la garantía real o quedando sujeto a dicha garantía cuando esta hubiera sido constituida por el licenciante y hubiera sido oponible a terceros en el momento de otorgarse la licencia.

98. Según una de las opiniones, tal licenciatario debería adquirir la licencia quedando sujeto a la garantía real (lo cual significaría que, en caso de incumplimiento y de ejecución de la garantía, la licencia quedaría revocada, a menos que se hubieran concertado otros acuerdos con el acreedor garantizado). Se opinó que, en varios Estados, se desconocía el concepto del "curso ordinario de los negocios", por lo que resultaba difícil de aplicar. Se sostuvo que el concepto de otorgamiento de una licencia "en el curso ordinario de los negocios" no tenía precedentes en los regímenes de la propiedad intelectual, con lo cual resultaba difícil distinguir entre las licencias otorgadas "en el curso ordinario de los negocios" y las concedidas al margen de él. Se citó el ejemplo de las licencias de marcas comerciales, en cuyo contexto ese concepto resultaría sumamente problemático. Además, se opinó que el concepto de "curso ordinario de los negocios" no ofrecía una excepción válida a los licenciatarios no autorizados. Además, se adujo que muchas veces las licencias presentaban distintos rasgos y, por ejemplo, preveían derechos exclusivos y no exclusivos. Se señaló asimismo que no era necesario utilizar esos conceptos, ya que el actual régimen de la propiedad intelectual ya regulaba adecuadamente esa cuestión, dejándola al arbitrio de las partes en el acuerdo de garantía. A este respecto se consideró que, si el acreedor garantizado deseaba que el otorgante concediera licencias, autorizaría todas las licencias o, al menos, las que se ajustaran a ciertos criterios. En cualquier caso, los licenciatarios actuarían con la diligencia debida para determinar si una licencia se adquiría "libre" de los efectos de una garantía real previamente otorgada.

99. En cambio, según otra opinión, un licenciatario no exclusivo de una licencia concedida en el curso ordinario de los negocios debería adquirir la licencia libre del gravamen de la garantía real (lo cual significaría que, en caso de incumplimiento y de ejecución de la garantía, la licencia podría, no obstante, seguir teniendo efectos). Se sostuvo que el concepto del "curso ordinario de los negocios" era un concepto simple y práctico muy difundido y utilizado. Además, se observó que la principal finalidad de la utilización de ese concepto era proteger las operaciones legítimas cotidianas, tales como las adquisiciones directas de programas informáticos sujetos a derechos de autor. Se indicó que, en tales operaciones, los compradores no deberían tener que consultar un registro ni adquirir los programas informáticos con sujeción a las garantías reales que hubieran constituido sobre ellos el fabricante de los programas o sus distribuidores. Además, se observó que el concepto del "curso ordinario de los negocios" no tenía nada que ver con la relación entre el licenciante y el licenciatario y que no implicaba en modo alguno que el licenciatario adquiriría una licencia sin estar sujeto a lo estipulado en el acuerdo de licencia y a la ley que rigiera dicho acuerdo. Además, se afirmó que, si el acreedor garantizado quería desalentar la concesión de licencias no exclusivas, podía exigir, en su acuerdo de garantía (o por otra vía), del prestatario (es decir, del licenciante) que insertara en todas las licencias no exclusivas una cláusula en virtud de la cual la licencia quedaría revocada si el acreedor garantizado del licenciante ejecutaba su garantía real. Del mismo modo, si el licenciante no deseaba que su licenciatario otorgara sublicencias, podía incluir en el acuerdo de garantía una cláusula con arreglo a la cual todo acto de concesión de una sublicencia por parte del licenciatario constituiría un incumplimiento en virtud del acuerdo de garantía que legitimaría al licenciante para revocar la licencia. Se estimó que nada de lo dispuesto en la Guía menoscabaría la aplicación de tales cláusulas entre el acreedor garantizado y su prestatario, o entre el licenciante y su licenciatario. Se observó asimismo que, normalmente, el acreedor garantizado no tendría ningún interés en proceder así, ya que el negocio del licenciante consiste en la concesión de licencias no exclusivas, y el acreedor garantizado esperará que el prestatario utilice las sumas cobradas en concepto de esos acuerdos de licencia para pagar la obligación garantizada.

100. Tras deliberar, se convino en que, en algunos casos (por ejemplo, en el de la venta directa de programas informáticos o de la concesión directa de licencias sobre ellos), los licenciatarios deberían adquirir la licencia libre del gravamen de la garantía real constituida por el licenciante. Si bien algunas delegaciones se declararon dispuestas a que se formulara una recomendación que propiciara tal resultado, quizá sobre la base de conceptos como la autorización o la autorización implícita, se llegó en general a la conclusión de que resultaría difícil formular tal recomendación de manera abstracta sin dar ejemplos concretos. Así pues, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que, en la siguiente versión del proyecto de anexo, insertara ejemplos que ilustraran el modo en que el régimen de la propiedad intelectual regulaba la cuestión pertinente, así como propuestas de una posible recomendación para su inserción en el proyecto de anexo o de un comentario en que, de conformidad con la recomendación 4 b), se remitiera la cuestión a la ley que fuera específicamente aplicable a la propiedad intelectual.

9. Prelación de una garantía otorgada por el licenciante frente a una garantía otorgada por un licenciatario

101. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la prelación de una garantía otorgada por el licenciante frente a una garantía otorgada por el licenciatario.

10. Prelación de una garantía sobre propiedad intelectual frente al derecho de un acreedor judicial

102. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la prelación de una garantía sobre propiedad intelectual frente al derecho de un acreedor judicial.

11. Subordinación

103. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la subordinación.

G. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía relativo a la propiedad intelectual

1. Aplicación del principio de la autonomía contractual

104. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata del principio de la autonomía contractual.

2. Legitimación del acreedor garantizado para demandar a un infractor del derecho gravado o para renovar su inscripción registral

105. Se expresaron algunas dudas sobre la conveniencia de mantener el texto de la sección del proyecto de anexo que trata de la legitimación del acreedor garantizado para demandar a un infractor del derecho gravado o para renovar su inscripción registral. En defensa de dicho texto, se argumentó que, al igual que el capítulo pertinente de la Guía, esta sección pretendía enumerar algunas de las cuestiones que las partes tal vez desearan abordar en el acuerdo de garantía, así como establecer algunas normas que fueran aplicables, cuando las partes no hubieran concertado ningún acuerdo en sentido contrario, y que se atuvieran a las expectativas normales de las partes.

106. En cuanto al contenido de la sección, se expresó el parecer de que convendría ampliarlo abordando en general la gestión de la propiedad intelectual gravada. A este respecto se indicó que en la sección figuraba una lista indicativa de cuestiones que las partes tal vez desearan abordar sin que por ello quedaran excluidas otras cuestiones comprendidas en el ámbito de la autonomía contractual de las partes fijado por el régimen de la propiedad intelectual.

107. Con respecto a las recomendaciones enunciadas en la nota agregada al párrafo 63, se convino en que la primera de ellas era apropiada, pues hacía referencia al acuerdo entre las partes y debía, por tanto, mantenerse en el texto. La segunda recomendación recibió apoyo y, al mismo tiempo, fue objeto de críticas. En su defensa se argumentó que la recomendación reflejaba las expectativas normales

de las partes. En contra de ella se observó que no era apropiada si no existía entre las partes un acuerdo en virtud del cual el acreedor garantizado pudiera demandar a los infractores o renovar sus inscripciones registrales. Así las cosas, el Grupo de Trabajo optó por mantener la segunda recomendación en el texto, pero colocándola entre corchetes, con miras a volverla a examinar en una futura reunión.

108. A reserva de los cambios mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de esta sección del proyecto de anexo.

H. Derechos y obligaciones de los terceros deudores en operaciones de financiación garantizadas por propiedad intelectual

109. Se sugirió que en el párrafo 64 se puntualizara que un licenciatario, como deudor de las regalías pagaderas en virtud del acuerdo de licencia, tenía los derechos y obligaciones de un tercero deudor. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de los derechos y obligaciones de los terceros deudores en operaciones de financiación garantizadas por propiedad intelectual.

I. Ejecución de una garantía constituida sobre propiedad intelectual

1. Intersección del régimen de las operaciones garantizadas con el régimen de la propiedad intelectual

110. Se sugirió que, en el párrafo 66, se especificara que tanto la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional como la Guía trataban de la cesión de créditos por cobrar, y no de los créditos por cobrar en general.

111. Se sugirió que, en la última frase del párrafo 67, se dejara claro que se preservaría la aplicación de las reglas de ejecución específicas en materia de propiedad intelectual al derecho interno general de procedimiento civil.

112. A reserva de los cambios mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la intersección del régimen de las operaciones garantizadas con el régimen de la propiedad intelectual.

2. Ejecución de la garantía según el tipo de propiedad intelectual gravada

113. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo relativa a la ejecución de la garantía según el tipo de propiedad intelectual gravada.

3. Toma de “posesión” de la propiedad intelectual gravada

114. Se sugirió que el párrafo 71 remitiera a la definición del término “posesión” para aclarar lo que se entiende por posesión efectiva.

115. Se sugirió que, en el párrafo 72, en aras de la coherencia terminológica, no se hablara de “venta” sino de “transferencia” de propiedad intelectual gravada.

116. A reserva de los cambios mencionados, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la toma de "posesión" de la propiedad intelectual gravada.

4. Disposición de la propiedad intelectual gravada

117. Se sugirió que, en el párrafo 73, a fin de aclarar que la cesión de la propiedad intelectual gravada era un resultado de la ejecución de la garantía y no un derecho del acreedor garantizado que actuara en calidad de titular del derecho gravado, se sustituyera el verbo "ceder" por la fórmula "efectuar la cesión del derecho gravado". A reserva de dicho cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la disposición de la propiedad intelectual gravada.

5. Derechos adquiridos a raíz de un acto de disposición de la propiedad intelectual gravada

118. Se sugirió que, en la última frase del párrafo 75, se diera menos relieve a la afirmación de que el acreedor garantizado no pasa a ser titular del derecho intelectual gravado a resultas del proceso ejecutorio, dado que el acreedor garantizado podría adquirir la propiedad intelectual gravada a resultas de dicha ejecución. A reserva de dicho cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de los derechos adquiridos a raíz de un acto de disposición de la propiedad intelectual gravada.

6. Propuesta por el acreedor garantizado de aceptar la propiedad intelectual gravada en satisfacción de la deuda

119. Se sugirió que, en la quinta frase del párrafo 78, se evitara dar la impresión de que la inscripción registral era un requisito imperativo, formulando dicha frase de modo que quedara claro que aclararan que el acreedor garantizado debe efectuar dicha inscripción a fin de poder gozar de las ventajas inherentes a la misma. A reserva de dicho cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la propuesta por el acreedor garantizado de aceptar la propiedad intelectual gravada en satisfacción de la deuda.

7. Cobro de regalías y otros derechos de licencia

120. Se sugirió que en el párrafo 79 se aclarara que la Guía hacía suyos los principios que inspiraban la Convención sobre la Cesión de Créditos en lo que respecta a la cesión de créditos por cobrar. A reserva de dicho cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata del cobro de regalías y otros derechos de licencia.

8. Otros derechos contractuales del licenciante

121. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de esta sección del proyecto de anexo.

9. Ejecución de garantías constituidas sobre bienes corporales que lleven propiedad intelectual incorporada

122. Se sugirió que en el párrafo 81 se precisara el sentido de la denominada regla del agotamiento haciendo referencia a un "derecho de propiedad intelectual", y no "a la propiedad intelectual" en sí, pues lo que se agotaba no era la propiedad sino el derecho, y definiendo dicha regla con una referencia concreta a la "primera venta o comercialización que se haga del bien gravado" en vez de con una referencia general al "primer empleo" de dicho bien. A reserva de dichos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección del proyecto de anexo que trata de la ejecución de garantías constituidas sobre bienes corporales que llevan propiedad intelectual incorporada.

10. Ejecución de una garantía constituida sobre los derechos de un licenciatario

123. A reserva de que en el párrafo 86 se haga el mismo cambio que en el párrafo 78 (véase el párrafo 119 *supra*), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de esta sección del proyecto de anexo.

J. Ley aplicable a una garantía sobre propiedad intelectual

1. Ley aplicable en asuntos de propiedad intelectual

124. Se convino en que se suprimiera la variante C del párrafo 97. Se opinó en general que al hacer remisión a la ley del lugar donde se lleve el registro, la variante C crearía incertidumbre acerca de cuál sería la ley aplicable o, al menos, incrementaría los gastos o el tiempo dedicado a la operación, dado que el acreedor garantizado tendría que averiguar cuál era el registro en el que estaba inscrita la propiedad intelectual que fuera a ser gravada.

125. Muchas delegaciones opinaron que tanto la variante A como la variante B tenían ventajas e inconvenientes. Se dijo a favor de la variante A que la ley en donde estuviera amparada la propiedad intelectual (*lex protectionis*) sería la ley aplicable a la titularidad del derecho intelectual con arreglo al régimen de la propiedad intelectual. Se observó además que al hacer remisión a la *lex protectionis*, la variante A daría lugar a que fuera aplicable una misma y única ley a un conflicto de prelación entre un cesionario y un acreedor garantizado. Se observó al mismo tiempo que la variante A tenía el inconveniente de que el acreedor garantizado tendría que inscribir su garantía en más de un país, lo cual elevaría probablemente el costo de la operación garantizada. Se observó además que la variante A no hacía mención de las organizaciones regionales que prestaban servicios de inscripción en un registro regional.

126. Se observó, a favor de la variante B, que al remitir a la ley del lugar donde el otorgante esté ubicado, daría lugar a la aplicación de una misma ley a la constitución, a la oponibilidad a terceros, a la prelación y a la ejecutoriedad de una garantía real. Se opinó que, a fin de no remitir un conflicto de prelación entre un cesionario y un acreedor garantizado a la ley de dos lugares (es decir, a la *lex protectionis* y a la ley del lugar donde esté ubicado el otorgante), la variante B remitía tal conflicto de prelación a la *lex protectionis*. Se observó que la variante B era útil al remitir otros conflictos de prelación, inclusive todo conflicto eventual con

el representante de la insolvencia, a la ley del lugar donde estuviera ubicado el cedente, es decir, la ley del centro de sus principales intereses (es decir, a la sede real, aunque tal vez no legal, de la empresa cedente). A fin de no introducir en la variante B los problemas que se señalaron a la variante C (véase el párrafo 124), el Grupo de Trabajo convino en suprimir el texto que se presentó entre corchetes en la variante B.

127. Si bien se expresó el parecer de que cabría retener las dos variantes en el texto final del anexo, el Grupo de Trabajo convino en que se hiciera lo posible por concertar una única recomendación, remitiendo al comentario el análisis de las ventajas e inconvenientes de cada una de estas dos variantes. A fin de facilitar las deliberaciones futuras, se pidió a la Secretaría que diera algunos ejemplos prácticos que ayudaran a valorar cada una de las dos variantes y que explicara con mayor detalle en el comentario las ventajas y los inconvenientes de una y otra variante. El Grupo de Trabajo convino también en la especial utilidad de la cooperación de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la Comisión Europea y pidió a la Secretaría que siguiera intentando mantener la cooperación y la coordinación con esas entidades.

2. Ley aplicable a asuntos contractuales

128. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de esta sección del proyecto de anexo.

K. Repercusiones de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual licenciada

129. Durante el período de sesiones se observó que las cuestiones que se remitirían al Grupo de Trabajo V conforme a la decisión de la Comisión[12] se referían a cuatro posibles situaciones (véase el párrafo 23 f) *supra*), que dependerán de que: a) sea el licenciante o el licenciatario quien haya otorgado una garantía real sobre sus derechos en virtud de la licencia; y b) se haya abierto un procedimiento de insolvencia contra el licenciante o contra el licenciatario. Las preguntas que cabría hacerse respecto de los efectos de un procedimiento de insolvencia sobre la garantía del acreedor garantizado en cada uno de los supuestos considerados podían verse descritos en el anexo del presente informe, en el que se daba entre corchetes una respuesta abreviada a cada una de las preguntas que se formulaban. Se estimó que en las preguntas se abordan también los efectos de que en el curso de un procedimiento de insolvencia contra una de las partes en el contrato de licencia se optara por mantener o por revocar el contrato de licencia. Además, las preguntas partían del supuesto de que las circunstancias de cada uno de los casos estudiados eran tales que, con arreglo a lo previsto en las recomendaciones 69 a 86 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*[13], el deudor insolvente podría optar entre mantener o revocar el contrato de licencia. Se mencionó que en el cuadro no se abordaban otras cuestiones que podrían surgir, como el efecto de una paralización eventual de las actuaciones o de algún límite impuesto a la facultad del licenciatario para ceder sus derechos adquiridos en virtud

[12] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 326.

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

de la licencia, así como el efecto de toda cláusula de intransferibilidad incorporada al contrato de licencia o de las denominadas cláusulas *ipso facto*, o incluso la cuestión del crédito ordinario por concepto de daños a que pueda dar lugar la revocación del contrato de licencia o la de los derechos adquiridos por un licenciatario que puedan ser retenidos a raíz de la revocación del contrato de licencia. Se observó que esas cuestiones eran tratadas en el marco general de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*.

130. Se sugirió también que el Grupo de Trabajo VI pidiera al Grupo de Trabajo V que examinara, como tema suplementario, los derechos de un licenciatario de propiedad intelectual al abrirse un procedimiento de insolvencia contra el licenciante.

131. Se dijo que, al declararse abierto un procedimiento de insolvencia contra un licenciante de propiedad intelectual, el licenciante o el representante de su insolvencia estarían legitimados para revocar el contrato de licencia (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*). Se observó además que, por lo general, la revocación de la licencia privaría al licenciatario de los beneficios que le reportaría un contrato de licencia favorable, por lo que no solo afectaría adversamente al licenciatario, sino que, en el supuesto de que el licenciatario hubiera otorgado una garantía sobre sus derechos en virtud de la licencia, perjudicaría también a la garantía otorgada al acreedor garantizado del licenciatario. Se dijo, por otra parte, que si bien, con arreglo a la recomendación 82 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*, el licenciatario tal vez obtuviera un crédito ordinario por concepto de daños a raíz de la revocación de su licencia, era improbable que obtuviera una compensación plena del daño sufrido, por lo que su crédito ordinario tal vez aminoraría el daño sufrido pero no lo eliminaría.

132. Se observó que el régimen de la insolvencia de algunos Estados trataba de solucionar esta cuestión permitiendo que el licenciatario de ciertas categorías de propiedad intelectual pudiera optar por seguir utilizando la propiedad intelectual con arreglo a lo estipulado en el contrato de licencia, aun cuando el licenciante o el representante de su insolvencia hubiera revocado dicho contrato. De ser ese el caso, se opinó que el licenciatario estaría obligado a cumplir con todo lo estipulado en el contrato de licencia, pagando toda regalía que pasara a ser abonable con arreglo al contrato de licencia. Se mencionó, no obstante, que la masa de la insolvencia del licenciante quedaría exonerada de toda obligación en curso prevista en el contrato de licencia, como pudiera ser la de introducir mejoras. Se señaló también que, a resultas de ello, la única obligación impuesta al licenciante era la de seguir cumpliendo lo estipulado en la licencia de la propiedad intelectual, lo que no resultaría gravoso para la masa de la insolvencia del licenciante. Se observó que dicha solución permitiría conciliar el interés del licenciante insolvente en liberarse de un contrato engorroso con el interés del licenciatario por amparar su inversión en la licencia. Se dijo además que al amparar en cierto modo el interés del licenciatario, dicha solución ampararía también en igual medida al acreedor garantizado del licenciatario.

133. Se sugirió también que en el futuro anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas se indicara que un Estado promulgante tal vez tenga interés en plantearse la inclusión en su régimen de la insolvencia de una disposición, del tenor de la analizada en el párrafo anterior, por

la que se prevea que el licenciatario podrá seguir disfrutando de sus derechos que le confiera el contrato de licencia, pese a que el licenciante sea objeto de un procedimiento de insolvencia y opte por revocar la licencia.

134. Se observó que convendría revisar cuidadosamente lo dispuesto en la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia* para cerciorarse de que las cuestiones no abordadas en el período de sesiones habían sido tratadas adecuadamente en dicha Guía. Predominó el parecer de que los asuntos tratados en los párrafos anteriores y en las preguntas del cuadro que figura a continuación merecían ser objeto de cuidadoso estudio, particularmente porque la eficacia de una garantía real dependía de que la garantía pudiera sobrevivir en el marco del régimen de la insolvencia y porque diversos Estados estaban actualmente revisando su derecho interno a fin de resolver estas cuestiones.

135. Se sugirió también que en el proyecto de anexo se abordaran otras cuestiones. Esta propuesta se respaldó con el argumento de que podían plantearse dos tipos de conflictos de interés en caso de insolvencia de un licenciante que hubiera constituido una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual licenciado. Se observó que, por una parte, el acreedor garantizado podría tratar de vender cuanto antes el derecho de propiedad intelectual que estuviera sujeto a la garantía real y de cobrar su deuda del producto de la venta de tal derecho, especialmente cuando hubiera incertidumbre sobre el pago de las regalías o cuando su cobro no estuviera garantizado (por ejemplo, mediante una póliza de seguros).

136. Por otra parte, el representante de la insolvencia podría oponerse a la revocación inmediata del contrato de licencia y a la consiguiente venta por creer que continuando la ejecución del contrato de licencia se podrían obtener mejores resultados al optimizarse el valor del derecho de propiedad intelectual gravado.

137. En este contexto, se mencionó que, en virtud de la legislación de algunos Estados, el acreedor garantizado tenía derecho, de ser necesario, a pedir al representante de la insolvencia o al tribunal de la insolvencia que fijara un plazo jurídicamente vinculante para adoptar la decisión de seguir ejecutando o no el contrato de licencia, y que organizara una audiencia especial ante el tribunal de la insolvencia a fin de que este mediara entre el representante de la insolvencia y el acreedor garantizado para así obtener una mayor protección de la obligación garantizada.

138. Se indicó que el resultado mencionado al final del párrafo 137 *supra* podía lograrse de diversas maneras, concretamente asegurando las regalías futuras que se deriven del contrato de licencia o pagando en efectivo y por adelantado una parte de la obligación garantizada.

139. En el Grupo de Trabajo las delegaciones manifestaron apoyo a todas las sugerencias mencionadas en los párrafos 129 a 138 *supra*. Según una opinión muy extendida, el texto sugerido debería remitirse al Grupo de Trabajo V y, a reserva de que ambos grupos de trabajo lo examinaran, debería incluirse en la próxima versión del anexo.

140. El Grupo de Trabajo decidió que los asuntos mencionados en los párrafos 129 a 138 de este documento (que incluían los que se planteaban en las preguntas del cuadro del anexo) serían remitidos al Grupo de Trabajo V y que, previo examen por

ambos grupos de trabajo, el resultado se haría constar en la próxima versión del proyecto de anexo.

V. Labor futura

141. Antes de concluir su período de sesiones, el Grupo de Trabajo procedió a deliberar sobre su futura labor. A este respecto, examinó una sugerencia en el sentido de que se diera orientación a los acreedores garantizados que aceptaran propiedad intelectual como garantía para respaldar un crédito, en particular en relación con las prácticas de concesión de licencias. Según una opinión muy general, si bien sería útil que en el proyecto de anexo se analizara la cuestión en cierta medida, el tema era lo suficientemente importante y amplio para ser considerado un nuevo proyecto. Se sostuvo que tal proyecto podría figurar en una guía en la que se diera orientación a las partes en operaciones garantizadas y en que se analizaran las repercusiones de las prácticas de otorgamiento de licencias. Como ejemplos de una labor similar se mencionaron la labor que actualmente realiza la CNUDMI con la revisión de la Ley Modelo sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios, que podría incluir orientación para usuarios que no fueran legisladores o autoridades normativas (véase A/CN.9/615, párrafo 14), así como la labor que en su momento llevó a cabo la Comisión encargada de la *Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales*[14]. El Grupo de Trabajo convino en que, en la siguiente versión del proyecto de anexo, se hiciera un breve análisis de la cuestión. El Grupo de Trabajo convino asimismo en que el tema fuera tratado en su debido momento cuando deliberara sobre su futura labor.

142. En cuanto a su futura labor sobre el proyecto de anexo, el Grupo de Trabajo señaló que, según estaba previsto, su 15º período de sesiones tendría lugar en Nueva York del 27 de abril al 1 de mayo de 2009. Dado que el 36º período de sesiones del Grupo de Trabajo V estaba programado en Nueva York del 18 al 22 de mayo de 2009, se observó que probablemente no sería posible que los dos grupos de trabajo coincidieran para celebrar un período de sesiones conjunto a principios de 2009 para examinar las repercusiones de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual, tal como inicialmente había previsto la Comisión en su 41º período de sesiones[15]. Se observó asimismo que, de acuerdo con el calendario provisional de reuniones, el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo VI tendría lugar en Viena del 7 al 11 de diciembre de 2009, a reserva de que la Comisión confirmara esas fechas en su 42º período de sesiones (Viena, 29 de junio a 17 de julio de 2009), mientras que, según el mismo calendario provisional, el 37º período de sesiones del Grupo de Trabajo V se celebraría en Viena del 5 al 9 de octubre de 2009, fechas también sujetas a confirmación por parte de la Comisión.

143. A este respecto, el Grupo de Trabajo acordó que sería conveniente que los períodos de sesiones de ambos grupos de trabajo en el segundo semestre de 2009 se programaran de modo tal que, de considerarse necesario, pudieran celebrar un período de sesiones conjunto. Según una opinión muy extendida entre las

[14] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.87.V.10.

[15] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 326.

delegaciones, convendría hacer todo lo posible por concluir cuanto antes el debate sobre la repercusión de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual, a fin de que, a fines de 2009 o a principios de 2010, el resultado de las deliberaciones al respecto pudiera hacerse constar en el proyecto de anexo. A este respecto, el Grupo de Trabajo estimó que podría concluir su labor sobre el proyecto de anexo en su 16º período de sesiones (hacia fines de 2009) o en su 17º período de sesiones (a principios de 2010), de modo que podría presentar dicho proyecto a la Comisión para que lo aprobara definitivamente y lo adoptara en su 43º período de sesiones, en 2010.

Anexo

Efectos de un procedimiento de insolvencia sobre los derechos de un acreedor garantizado en cuatro situaciones distintas

	Licenciante declarado insolvente	*Licenciatario declarado insolvente*
Licenciante que otorga una garantía sobre sus derechos a raíz de un contrato de licencia (básicamente su derecho al cobro de las regalías)	Pregunta: ¿Qué sucederá si un licenciante o su síndico de la insolvencia opta por que se mantenga la licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*)[a]. Respuesta: El licenciatario seguirá obligado a pagar las regalías con arreglo al contrato de licencia y el acreedor garantizado del licenciante retendrá su garantía tanto sobre el derecho del licenciante a cobrar dichas regalías como sobre el producto de tal derecho, es decir, sobre el cobro de toda regalía que sea abonada.	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciatario o su síndico opta por que se siga cumpliendo el contrato de licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*). Respuesta: El licenciante conservará su derecho al cobro de las regalías con arreglo al contrato de licencia, por lo que el acreedor garantizado del licenciante conservará su garantía tanto sobre el derecho del licenciante al cobro de regalías como sobre el producto de tal derecho, es decir, sobre el cobro de toda regalía que sea abonada.
	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciante o su síndico de la insolvencia opta por revocar el contrato de licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*). Respuesta: El licenciatario no deberá abonar regalía alguna que hubiera pasado a ser abonable tras la fecha de revocación del contrato de licencia pero deberá pagar toda regalía que fuera ya abonable con anterioridad a la fecha de revocarse la licencia; el acreedor garantizado del licenciante dispondrá de una garantía sobre el derecho al cobro de toda garantía abonable con anterioridad a la revocación del contrato de licencia y sobre las sumas ya abonadas por concepto de regalía, pero no tendrá garantía alguna sobre el derecho al cobro de unas regalías futuras no exigibles a raíz de la revocación de la licencia.	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciatario o su síndico de la insolvencia revoca el contrato de licencia con arreglo a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de *la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*). Respuesta: El licenciatario dejará de estar obligado a pagar regalías a raíz de la revocación del contrato de licencia, pero seguirá debiendo toda regalía no abonada que haya vencido con anterioridad a la revocación de la licencia; el acreedor garantizado tendrá una garantía real sobre el derecho al cobro de toda regalía vencida con anterioridad a la revocación de la licencia y sobre las sumas abonadas anteriormente por concepto de licencia, pero no tendrá garantía real alguna sobre el cobro de unas regalías futuras no exigibles a raíz de la revocación de la licencia.
Licenciatario que otorga una garantía sobre sus derechos a raíz de un contrato de licencia (básicamente su derecho al uso de la propiedad intelectual licenciada)	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciante opta por que se mantenga la licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*). Respuesta: El licenciatario retendrá sus derechos con arreglo a la licencia y el acreedor garantizado del licenciatario seguirá teniendo su garantía constituida sobre los derechos licenciados.	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciatario opta por seguir cumpliendo el contrato de licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*). Respuesta: El licenciatario retendrá sus derechos con arreglo al contrato de licencia y el acreedor garantizado conservará su garantía constituida sobre los derechos licenciados.
	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciante o el síndico de su insolvencia opta por revocar la licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la *Guía Legislativa de la CNUMI sobre el Régimen de la Insolvencia*). Respuesta: El licenciatario perderá los derechos licenciados respecto de todo período ulterior a la revocación, pero retendrá todo derecho que hubiera adquirido con anterioridad a la revocación; el acreedor garantizado del licenciatario seguirá teniendo una garantía sobre los derechos licenciados al licenciatario respecto de todo período anterior a la revocación de la licencia.	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciatario o el síndico de su insolvencia opta por revocar el contrato de licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la *Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia*). Respuesta: El licenciatario no dispondrá de los derechos licenciados respecto de todo período posterior a la fecha de revocación de la licencia, pero retendrá todo derecho que hubiera adquirido con anterioridad a la revocación de la licencia; el acreedor garantizado del licenciatario seguirá teniendo una garantía real sobre los derechos licenciados al licenciatario respecto de todo período anterior a la revocación de la licencia.

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

B. Nota de la Secretaría sobre el Anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 14º período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.35 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-45
	A. Información de antecedentes	1-7
	B. Interacción en la Guía entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual	8-11
	C. Terminología	12-21
	D. Ejemplos de prácticas de financiación garantizadas por derechos de propiedad intelectual	22-41
	E. Objetivos clave y políticas fundamentales	42-45
II.	Ámbito de aplicación y autonomía contractual de las partes	46-67
	A. Amplio ámbito de aplicación	46-64
	B. Aplicación del principio de la autonomía de las partes a las garantías reales sobre propiedad intelectual	65-67
III.	Constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual	68-102
	A. Los conceptos de constitución de una garantía real y de oponibilidad de una garantía a terceros	69-70
	B. Concepto unitario de una garantía real	71
	C. Requisitos para la constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual	72-74
	D. Derechos de un otorgante sobre la propiedad intelectual que vaya a gravarse	75
	E. Distinción entre un acreedor garantizado y el titular de derechos en lo que respecta a la propiedad intelectual	76-77
	F. Tipos de derechos de propiedad intelectual que podrán estar sujetos a una garantía real	78-94
	G. Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual futuros	95-98
	H. Limitaciones legislativas o contractuales de la transferibilidad de un derecho de propiedad intelectual	99-100
	I. Financiación de adquisiciones y acuerdos de licencia	101-102

I. Introducción

A. Información de antecedentes

[*Nota para el Grupo de Trabajo: sobre los párrafos 1 a 7, véanse los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 1 a 5; A/CN.9/WG.VI/WP.34, párrafos 10 y 11; y A/63/17, párrafo 326.*]

1. En su 39º período de sesiones, en 2006, la Comisión examinó su labor futura acerca del régimen legal de la financiación garantizada. Se observó que los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, los derechos de autor, las patentes o las marcas comerciales) se estaban convirtiendo en una fuente de crédito cada vez más importante, por lo que no debían quedar excluidos de un régimen moderno de las operaciones garantizadas. También se observó que las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas ("el 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 el régimen de la propiedad intelectual. Además se indicó que, dado que las recomendaciones del proyecto de guía no se habían preparado teniendo presentes los problemas especiales de la legislación sobre propiedad intelectual, en el proyecto de guía se sugería que los Estados promulgantes estudiaran la posibilidad de introducir los ajustes necesarios en las recomendaciones a fin de abordar esos problemas[1].

2. A fin de dar más orientaciones a los Estados, se sugirió que la Secretaría preparara, en cooperación con las organizaciones internacionales con conocimientos especializados sobre el tema de las garantías reales y el del 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 asesoramiento de expertos y de asegurar la colaboración del sector pertinente, la Secretaría organizara, cuando fuera necesario, reuniones de grupos de expertos y coloquios[2]. Tras un debate, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara, en cooperación con las organizaciones competentes, y en particular con la OMPI, una nota en la que analizara el alcance de la labor futura de la Comisión acerca de la financiación garantizada por derechos de propiedad intelectual. La Comisión pidió asimismo a la Secretaría que organizara un coloquio sobre la financiación respaldada por propiedad intelectual, asegurando en la mayor medida posible la participación de organizaciones internacionales competentes y de expertos de diversas regiones del mundo[3].

3. De conformidad con la decisión adoptada por la Comisión, la Secretaría organizó, en cooperación con la OMPI, un coloquio acerca de las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual (Viena, 18 y 19 de enero de 2007). Asistieron al coloquio expertos en cuestiones de financiación garantizada y legislación sobre propiedad intelectual, inclusive representantes de gobiernos y de

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 81 y 82.

[2] *Ibid.*, párr. 83.

[3] *Ibid.*, párr. 86.

organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de ámbito nacional e internacional. Durante el coloquio se formularon varias sugerencias sobre los ajustes que sería necesario introducir en el proyecto de guía para abordar cuestiones específicas de la financiación garantizada por derechos de propiedad intelectual[4].

4. Durante la primera parte de su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007), la Comisión examinó una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual" (A/CN.9/632). En la nota se tuvieron en cuenta las conclusiones a que se había llegado en el mencionado coloquio. A fin de proporcionar a los Estados orientación suficiente sobre los ajustes que podría ser preciso introducir en sus respectivas legislaciones para evitar incoherencias entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual, la Comisión decidió encomendar al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) la preparación de un anexo que se adjuntaría al proyecto de guía y que trataría específicamente de las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual[5].

5. En la continuación de su 40º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de diciembre de 2007), la Comisión ultimó y adoptó la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas (en adelante, "la Guía"), quedando entendido que ulteriormente se prepararía un anexo que se adjuntaría a la Guía y que trataría específicamente de las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual[6].

6. En su 13º período de sesiones (Nueva York, 19 a 23 de mayo de 2008), el Grupo de Trabajo VI examinó una nota de la Secretaría titulada "Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual" (A/CN.9/WG.VI/WP.33 y A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un borrador del anexo de la Guía referente a la constitución de garantías reales sobre propiedad intelectual (en adelante, "el anexo") en el que se recogieran las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/649, párrafo 13). En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo estimó que, si bien debería tomarse en debida consideración el régimen de la propiedad intelectual, el análisis en el anexo debería basarse en la Guía, y no en el régimen nacional de la financiación garantizada (véase A/CN.9/649, párrafo 14). Como el Grupo de Trabajo no consiguió llegar a un acuerdo acerca de si algunas cuestiones relacionadas con la repercusión de la insolvencia en las garantías reales sobre propiedad intelectual (véase A/CN.9/649, párrafos 98 a 102) guardaban suficiente relación con el régimen de las operaciones garantizadas para que se justificara su análisis en el anexo de la Guía, decidió volver a examinar esas cuestiones en una ulterior reunión y recomendar que se pidiera al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) que las analizara (véase A/CN.9/649, párrafo 103).

7. En su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008), la Comisión acogió con satisfacción los excelentes progresos realizados por el Grupo de Trabajo. También tomó nota del debate y de la decisión del Grupo de Trabajo VI con respecto a algunas cuestiones relacionadas con la insolvencia y

---

[4] Véase www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html.

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17) (Part I)), párrs. 156, 157 y 162.

[6] *Ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part II)), párrs. 99 y 100.

decidió que debía informarse al Grupo de Trabajo V e invitarlo a que, en su siguiente período de sesiones, expresara una opinión preliminar. Asimismo, la Comisión decidió que, en caso de que después de ese período de sesiones quedara alguna cuestión pendiente que debiera ser examinada conjuntamente por los dos grupos de trabajo, la Secretaría debería poder organizar, a su discreción, un debate conjunto acerca de la repercusión de la insolvencia en las garantías reales sobre propiedad intelectual cuando los dos grupos de trabajo se reunieran el uno después del otro en la primavera de 2009, y previa consulta de sus respectivos presidentes[7].

B. Interacción en la Guía entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual

8. Con contadas excepciones, las recomendaciones de la Guía son aplicables a las garantías reales constituidas sobre todos los tipos de bienes muebles, inclusive la propiedad intelectual (véanse las recomendaciones 2 y 4 a 7). En lo que respecta a la propiedad intelectual, las recomendaciones de la Guía no son aplicables si son incompatibles con el derecho interno o con acuerdos internacionales en materia de propiedad intelectual (véase la recomendación 4 b)). En la recomendación 4 b) se enuncia el principio básico que rige la interacción entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual en la Guía. Con el significado que se da al concepto de "propiedad intelectual" se pretende garantizar la compatibilidad de la Guía con las legislaciones y tratados sobre propiedad intelectual (véase el párrafo 12 *infra*). La expresión "derecho sobre la propiedad intelectual" (*law relating to intellectual property*) abarca la legislación y la jurisprudencia y es más amplia que la expresión "régimen de la propiedad intelectual" (*intellectual property law*) (que regula, por ejemplo, las patentes, las marcas comerciales o los derechos de autor), aunque de menor alcance que el derecho general de los contratos o de la propiedad[8]. Por consiguiente, el alcance de la recomendación 4 b) será mayor o menor en función del modo en que un Estado defina el alcance de la propiedad intelectual de conformidad con las obligaciones internacionales que le impongan los tratados concertados en materia de propiedad intelectual (como el Acuerdo sobre los Aspectos Comerciales de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, generalmente conocido como "el Acuerdo TRIPS").

9. La finalidad de la recomendación 4 b) es asegurar que cuando los Estados adopten las recomendaciones de la Guía no queden alteradas las normas básicas del régimen de la propiedad intelectual. Dado que las cuestiones relativas a la existencia, la validez y el contenido de los derechos de propiedad intelectual del otorgante no se tratan en la Guía (véase la sección II.A.4 *infra*), las posibilidades de que surjan conflictos entre los regímenes sobre esas cuestiones son limitadas. No obstante, en lo que se refiere a la constitución, a la oponibilidad a terceros, a la prelación y a la ejecución de garantías reales sobre propiedad intelectual, se puede dar el caso de que en algunos Estados los dos regímenes prevean reglas diferentes. En tal caso, la recomendación 4 b) mantiene la primacía de la norma específica del régimen de la

[7] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 326.

[8] A pesar de la diferencia entre las expresiones "derecho sobre la propiedad intelectual" y "régimen de la propiedad intelectual", en el presente anexo, por razones de comodidad, se utilizarán indistintamente.

propiedad intelectual. Conviene, sin embargo, señalar que el régimen de la propiedad intelectual de algunos Estados se aplica únicamente a tipos de operaciones garantizadas que no se realizan únicamente en el ámbito de la propiedad intelectual y que dejarán de ser posibles una vez que un Estado adopte las recomendaciones de la Guía (por ejemplo, las promesas, las hipotecas y las transferencias o cesiones de propiedad intelectual con fines de garantía). Por este motivo, los Estados que adopten la Guía tal vez deseen también revisar su régimen de la propiedad intelectual a fin de lograr que ambos regímenes queden mejor integrados, aplicando en particular el enfoque integrado y funcional que se recomienda en la Guía, sin modificar los criterios y objetivos básicos de sus respectivos regímenes de la propiedad intelectual.

10. El anexo tiene la finalidad de orientar a los Estados sobre este sistema de regímenes integrados de las operaciones garantizadas y de la propiedad intelectual. Sobre la base del comentario y de las recomendaciones que figuran en la Guía, en el anexo se examina el modo en que los principios de la Guía son aplicables cuando el bien gravado es un derecho de propiedad intelectual; además, cuando ha sido necesario, se han agregado al texto nuevos comentarios y recomendaciones. Al igual que con los demás comentarios y las demás recomendaciones concretamente relacionadas con los bienes, los comentarios y recomendaciones referentes a la propiedad intelectual modifican o complementan el comentario y las recomendaciones generales de la Guía. En consecuencia, salvo disposiciones legales en contrario en materia de propiedad intelectual y a reserva de cualquier otro comentario o recomendación referentes a los bienes, que figuren en el anexo, una garantía real sobre propiedad intelectual podrá constituirse, podrá ser oponible a terceros, podrá gozar de prelación y podrá ejecutarse de conformidad con lo dispuesto en las recomendaciones generales de la Guía.

11. Si bien con el anexo no se pretende recomendar a los Estados que modifiquen su legislación en materia de propiedad intelectual, como ya se ha indicado, es posible que el anexo repercuta en dicha legislación. En el anexo se analizan esas posibles repercusiones y, en algún caso, se agregan al comentario modestas sugerencias para los Estados promulgantes (formuladas en términos como "los Estados podrían" o "los Estados tal vez deseen plantearse ...", y no en términos perentorios como "los Estados deberían"). Estas sugerencias se basan en la premisa de que los Estados, al promulgar regímenes de las operaciones garantizadas del tipo recomendado por la Guía, habrán adoptado la decisión normativa de modernizar sus respectivos regímenes de las operaciones garantizadas. Por lo tanto, en las sugerencias se indica a los Estados deseosos de modificar su régimen la manera óptima de integrar sus respectivos regímenes de las operaciones garantizadas con los de la propiedad intelectual.

C. Terminología

[*Nota para el Grupo de Trabajo: sobre los párrafos 12 a 21, véanse los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 39 a 60; y A/CN.9/649, párrafos 104 a 107.*]

12. Como ya se ha señalado, en la Guía se usa la expresión "propiedad intelectual" (Introducción, sección E). En el comentario se explica que el significado dado a esta

expresión en la Guía tiene la finalidad de evitar que haya incompatibilidades entre la Guía y las legislaciones y tratados sobre propiedad intelectual, respetando al mismo tiempo el derecho del poder legislativo de un Estado a promulgar las recomendaciones de la Guía para ajustar la definición con su propio derecho (derecho interno y tratados). Esto significa que la Guía considera, para sus fines, "propiedad intelectual", todo lo que el Estado promulgante defina como propiedad intelectual.

13. Tal como se ha mencionado también, en el comentario se aclara asimismo que las referencias a "régimen" en toda la Guía engloban tanto el derecho de origen legislativo como el no legislativo. Además, en la Guía se especifica que la expresión "derecho sobre la propiedad intelectual" (véase la recomendación 4 b)) es más amplia que la de "régimen de la propiedad intelectual" (que regula, por ejemplo, las patentes, las marcas comerciales o los derechos de autor), aunque de menor alcance que el derecho general de los contratos o de la propiedad.

14. Si bien en la Guía se asume el derecho de un Estado promulgante en lo que se refiere al significado de los términos empleados para definir los tipos concretos de propiedad intelectual (por ejemplo, las patentes, las marcas comerciales o los derechos de autor) o de operaciones (por ejemplo, la transferencia de propiedad intelectual o la concesión de una licencia sobre ella), la Guía tiene una terminología propia en lo que se refiere al régimen de las operaciones garantizadas. Por ejemplo, en la Guía el concepto de "garantía real" se entiende referido a todos los tipos de derechos que respaldan una obligación, independientemente de cómo se denominen. Así pues, una "garantía real" abarcaría el derecho de un cesionario en una transferencia efectuada con fines de garantía.

15. En la Guía se emplea también el término "licencia" y, en contextos concretamente relacionados con la propiedad intelectual, se hace una distinción, en primer lugar, entre el acuerdo de licencia y la licencia propiamente dicha (es decir, la autorización de utilizar la propiedad intelectual objeto de la licencia) y, en segundo lugar, entre las licencias exclusivas y las no exclusivas. No obstante, el significado exacto de esos conceptos se deja en manos del derecho que rige la propiedad intelectual o los contratos y otros tipos de derecho que puedan ser aplicables (como la Recomendación Conjunta sobre Licencias de Marcas, adoptada por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y por la Asamblea General de la OMPI (2000)[9] y por el Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas (2006))[10]. En particular, la Guía no menoscaba los límites previstos en un acuerdo de licencia ni sus estipulaciones, que pueden requerir la descripción del tipo concreto de propiedad intelectual de que se trate, ni sus usos autorizados o restringidos ni su ámbito geográfico de aplicación o su duración. Por ejemplo, puede otorgarse una licencia exclusiva para ejercer los derechos de proyección de la película A en el país X "durante 10 años a partir del 1 de enero de 2008", pero esta licencia exclusiva se diferenciará de una licencia exclusiva para ejercer los derechos de difusión en videogramas de la película A en el país Y "durante 10 años a partir del 1 de enero de 2008". Además, la Guía no afecta de modo alguno a la manera específica en que se caractericen los derechos derivados de un acuerdo de licencia en virtud de un régimen de la propiedad intelectual

[9] www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/development_iplaw/pdf/pub835.pdf.
[10] www.wipo.int/treaties/en/ip/singapore.

(por ejemplo, en algunos ordenamientos, la concesión de un acuerdo de licencia exclusiva crea derechos reales o incluso resulta equiparable a la cesión de diversos derechos exclusivos dimanantes de la propiedad intelectual). Sin embargo, en la Guía el concepto de "garantía real" no se emplea para especificar si una licencia es exclusiva o no. Más bien, una garantía real sobre propiedad intelectual, al igual que una garantía constituida sobre un bien mueble, se define a menudo por referencia al derecho que asiste al acreedor garantizado, en caso de incumplimiento del otorgante, a percibir el pago o a obtener otro tipo de cumplimiento de la obligación garantizada sobre la base del valor económico de la propiedad intelectual (por ejemplo, los derechos de explotación, los derechos de concesión de licencias y los derechos a reclamar las regalías dimanantes de los derechos de explotación y de concesión de licencias).

16. Además, en la Guía se utilizan diversos términos para designar el tipo concreto de propiedad intelectual que puede darse en garantía para la obtención de crédito (por ejemplo, los derechos del titular de los mismos, los derechos de un licenciante o de un licenciatario) sin que ello afecte a la naturaleza, al contenido o a las consecuencias jurídicas de dichos términos a los efectos del régimen de la propiedad intelectual o del de la propiedad en general o del de los contratos.

17. El concepto de "crédito por cobrar" se emplea en la Guía y significa el derecho al cobro de una obligación monetaria y, por consiguiente, para los fines de la Guía, incluye el derecho del licenciante a percibir el pago de las regalías derivadas de la licencia que haya concedido. En la Guía se usa el término "cesión" cuando se hace referencia a los créditos por cobrar y comprende las transferencias o cesiones puras y simples, las transferencias o cesiones efectuadas con fines de garantía (tratadas en la Guía como mecanismos de garantía) y las operaciones por las que se constituye una garantía real sobre un crédito por cobrar. A fin de no dar la impresión de que las recomendaciones de la Guía referentes a las cesiones de créditos son igualmente aplicables a las "cesiones" de propiedad intelectual, en el anexo se emplea el término "transferencia" (en vez de "cesión") para abarcar la transferencia de los derechos de un titular de propiedad intelectual.

18. En una operación garantizada que se respalde con propiedad intelectual, el bien gravado puede consistir en los derechos de propiedad intelectual de su titular. En tal caso, el término "otorgante" designará, en la Guía, a un titular de derechos. No obstante, el bien gravado puede ser un derecho de menor alcance, como la autorización dada a un licenciatario de utilizar la propiedad intelectual licenciada conforme a lo estipulado en el acuerdo de licencia, inclusive el derecho a concertar acuerdos de sublicencia y a percibir las regalías dimanantes de las sublicencias (siempre y cuando sean transferibles con arreglo al acuerdo de licencia y al derecho aplicable). En ese caso, el término "otorgante" corresponderá al de "licenciatario". Por último, tal como ocurre con toda operación garantizada basada en otros tipos de bienes muebles, el término "otorgante" puede designar a un tercero que otorgue una garantía real sobre propiedad intelectual con el fin de respaldar la obligación adeudada por un deudor a un acreedor garantizado.

19. En el régimen de las operaciones garantizadas, el concepto de "reclamante concurrente" se entiende referido a las partes que no sean el acreedor garantizado que, en virtud de un determinado acuerdo de garantía, pudiera reivindicar un derecho sobre los bienes gravados o sobre el producto de la enajenación de dichos

bienes. Así pues, en la Guía se emplea el concepto de "reclamante concurrente" (por ejemplo, otro acreedor garantizado o un cesionario de un bien gravado o un arrendatario o licenciatario de dicho bien) para designar a toda parte reclamante que compita con el acreedor garantizado. Si embargo, en el régimen de la propiedad intelectual no se utiliza el concepto de "reclamante concurrente", y por conflictos de prelación suelen entenderse los conflictos entre cesionarios, licenciatarios e infractores, aun cuando no haya ningún conflicto con un acreedor garantizado. El régimen de las operaciones garantizadas no obstaculiza la solución de conflictos en que ninguna de las partes sea un acreedor garantizado.

20. En la Guía se reconoce que de un acuerdo de garantía nace un derecho de propiedad limitado (una garantía real) sobre un bien gravado (naturalmente, siempre y cuando el otorgante tenga derecho a constituir una garantía real sobre el bien), aunque ese derecho limitado no es equiparable a una transferencia de propiedad. Así pues, en la Guía el concepto de "acreedor garantizado" (que incluye a todo cesionario a título de garantía) no se emplea para designar al beneficiario de una transferencia o a un propietario. En otras palabras, no se presumirá que un acreedor que adquiera una garantía real en virtud de la Guía obtendrá de este modo la propiedad. Esto se explica por el hecho de que normalmente los acreedores garantizados no están dispuestos a aceptar las responsabilidades y los costos dimanantes de la propiedad, y en la Guía no se impone esa obligación al acreedor garantizado. Ello implica, por ejemplo, que, incluso tras la constitución de una garantía real, el propietario del bien gravado podrá ejercer todos sus derechos como propietario (naturalmente, a reserva de toda limitación que pueda haber convenido con el acreedor garantizado). En consecuencia, cuando el acreedor garantizado enajena el bien gravado al ejecutar su garantía real a raíz de un incumplimiento, dicho acreedor garantizado no se convierte así en el propietario del bien gravado. En ese supuesto, el acreedor garantizado se limita a ejercer los derechos del propietario con el consentimiento que este dio al otorgar la garantía real. El acreedor garantizado solamente puede convertirse en propietario del bien gravado en el supuesto de que, a raíz de un incumplimiento, el acreedor garantizado obtenga la propiedad tras ejercer el recurso de proponer la adquisición de los derechos de propiedad del otorgante sobre el bien gravado a modo de satisfacción total o parcial de la obligación garantizada (en ausencia de toda objeción por parte del deudor y de otros acreedores de este), o cuando el acreedor garantizado adquiera los derechos de propiedad del otorgante al comprar el bien en una venta pública.

21. Esta caracterización de un acuerdo de garantía y de los derechos de un acreedor garantizado es igualmente aplicable a los supuestos en que el bien gravado sea propiedad intelectual. Sin embargo, la presente Guía no afecta a las distintas caracterizaciones que se hacen en los diversos regímenes de la propiedad intelectual, siempre que traten de cuestiones de derecho de la propiedad intelectual. En un régimen de la propiedad intelectual, cabe caracterizar un acuerdo de garantía como transferencia de los derechos de propiedad intelectual de su titular con la posibilidad de que el acreedor garantizado obtenga los derechos de dicho titular (por ejemplo, para tratar con organismos estatales, otorgar una licencia o demandar a infractores). Así, por ejemplo, nada de lo dispuesto en el régimen de las operaciones garantizadas impide a un acreedor concertar con el titular de derechos la obtención de la condición de titular de derechos, siempre y cuando el acuerdo no consista en dar garantías del cumplimiento de una obligación. Si el acuerdo garantiza el cumplimiento de una obligación, o tiene esa finalidad, y si el régimen de la

propiedad intelectual permite a un acreedor garantizado convertirse en el titular de derechos, el concepto de "acreedor garantizado" puede designar a un titular de derechos en la medida en que lo disponga el régimen de la propiedad intelectual y en que los derechos del acreedor garantizado sobre la propiedad intelectual gravada estén determinados con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas y al de la propiedad intelectual, como dispone la Guía.

D. Ejemplos de prácticas de financiación garantizadas por derechos de propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: sobre los párrafos 22 a 41, véanse los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 8 a 21; y A/CN.9/649, párrafo 108.*]

22. A fin de dar al lector una orientación sobre el análisis que figura en el anexo, cabe señalar que en esta sección se enuncian varios casos hipotéticos de operaciones garantizadas en las que se utilizan derechos de propiedad intelectual como bienes gravados.

23. Cabe dividir las operaciones garantizadas respaldadas por derecho de propiedad intelectual en tres categorías amplias. La primera categoría engloba las operaciones en las que los derechos de propiedad intelectual en sí constituyen la garantía para la obtención del crédito. En estas operaciones, el financiador obtiene una garantía real sobre las patentes, las marcas comerciales, los derechos de autor u otros derechos de propiedad intelectual del prestatario. Los ejemplos 1 a 5, que se presentan seguidamente, ilustran esta situación. Así, en el ejemplo 1 se expone el supuesto en que una empresa farmacéutica desea obtener crédito dando como garantía su cartera de patentes y de solicitudes de patente. En el ejemplo 2, un fabricante de fotocopiadoras desea utilizar su marca comercial, sus patentes y sus secretos comerciales como garantía para la obtención de un préstamo. En el ejemplo 3, el prestatario es un editor de revistas infantiles ilustradas que concede una licencia para la utilización de los personajes de sus revistas a fabricantes de prendas de vestir, deseosos de utilizar esas figuras en camisetas y otros artículos de tela, en que la garantía propuesta consiste en la suma prevista de pagos de regalías exigibles en virtud de los acuerdos de licencia. En el ejemplo 4, los bienes gravados son derechos del productor de una película sobre la película en sí. Por último, en el ejemplo 5 se trata de un préstamo concedido a un fabricante de programas informáticos en cuyos productos se incorporan programas informáticos que el fabricante obtiene de terceros mediante licencias. Si bien estos cinco ejemplos difieren enormemente por el tipo de negocios y por los tipos de derechos de propiedad intelectual que se gravan, tienen una característica común: en cada uno de los ejemplos, la garantía dada para la obtención del crédito consiste en derechos de propiedad intelectual del prestatario, que pueden ser tanto derechos del propio prestatario como derechos que este haya obtenido de terceros mediante licencias.

24. En la segunda categoría de operaciones entran las situaciones en que para la obtención del crédito se dan en garantía bienes que no constituyen propiedad intelectual, como existencias o bienes de equipo, pero en que el valor de esos bienes se basa en cierta medida en los derechos de propiedad intelectual con los que están vinculados. Esta categoría de operaciones es ilustrada por los ejemplos 6 a 9. En el ejemplo 6 se da una situación en la que el prestatario es un fabricante de prendas de

vestir que ofrece como bienes gravables las existencias que tiene el otorgante de prendas de última moda de prestigiosas marcas comerciales para las que el fabricante ha obtenido licencias de los propietarios terceros de dichas marcas. En el ejemplo 7, el otorgante es un distribuidor (y no el fabricante) de las existencias descritas en el ejemplo 6. El ejemplo 8 trata de una librería de venta al por menor cuyo propietario desea obtener crédito dando como garantía sus existencias de libros de cuyos derechos de autor son titulares autores y editores terceros. Por último, en el ejemplo 9 el otorgante es un fabricante de bienes de equipo a los que incorpora tecnología patentada y obtenida bajo licencia del propietario de la patente.

25. La tercera categoría de operaciones comprende operaciones de financiación en que se combinan los elementos de las dos primeras categorías. Este tipo de operación se ilustra con el ejemplo 10, consistente en la concesión de un crédito a un fabricante que se respalda con una "hipoteca sobre la empresa", que cubre prácticamente todos los bienes del fabricante, inclusive sus derechos de propiedad intelectual.

26. En cada una de estas categorías de operación se utilizan no solo distintos tipos de bienes gravados (o distintas combinaciones de tales bienes), sino que además se plantean distintas cuestiones jurídicas a los posibles prestamistas u otros tipos de otorgantes de crédito.

Categoría 1

Ejemplo 1 (cartera de patentes y de solicitudes de patente)

27. La empresa A, una empresa farmacéutica que elabora continuamente nuevos preparados farmacéuticos, desea obtener un crédito rotatorio o renovable del banco A, parcialmente garantizado por su cartera de patentes y de solicitudes de patente. La empresa A facilita al banco A una lista actualizada de todas sus patentes y solicitudes de patente, junto con su cadena de titularidad, su valoración y los créditos cobrables a título de regalías. El banco A decidirá cuáles serán las patentes, las solicitudes de patente y los créditos cobrables en concepto de regalías que incluirá en la "base del préstamo" (es decir, el conjunto de patentes y de solicitudes de patente al que el banco A convendrá en asignar valor a efectos de la concesión de un préstamo) y el valor que les corresponderá. En relación con esto, el banco A encargará una valoración de dicha cartera a un evaluador independiente de derechos de propiedad intelectual. A continuación, el banco A obtendrá una garantía real sobre la cartera de patentes y de solicitudes de patente y hará inscribir una notificación de su garantía en el correspondiente registro nacional de patentes (suponiendo que la ley aplicable prevea la inscripción de garantías reales en el registro de patentes). Cuando la empresa A obtenga una nueva patente, facilitará la cadena de titularidad, la valoración y el importe previsto de regalías al banco A para que lo incluya en la base del préstamo. El banco A evaluará la información, determinará la cuantía adicional de fondos que prestará a la empresa sobre la base de la nueva patente y ajustará la base del préstamo. Seguidamente, el banco A procederá a las correspondientes inscripciones en las oficinas de patentes en las que hará constar su garantía real sobre la nueva patente.

Ejemplo 2 (marcas comerciales, patentes y secretos comerciales de un fabricante)

28. Un conocido fabricante de fotocopiadoras, la empresa B, desea obtener del banco B un préstamo parcialmente garantizado por su marca comercial y las patentes y secretos de fabricación utilizados en el proceso de fabricación (todo ello valorado por un evaluador independiente en 100 millones de euros). La empresa B se dedica a la venta en serie de sus fotocopiadoras, así como a la licencia de su marca y de sus patentes a fin de generar ingresos con los que reembolsar una parte del préstamo. La empresa B facilitará al banco B una lista de todos los países en donde se utilicen o estén inscritas su marca comercial y sus patentes. Para su documentación sobre el préstamo, el banco B inscribe su garantía real en los registros nacionales pertinentes de marcas comerciales y patentes (suponiendo que la ley aplicable disponga la inscripción de las garantías reales en tales registros).

Ejemplo 3 (financiación mediante regalías)

29. Un fabricante de revistas ilustradas infantiles, la empresa C, licencia los personajes de sus revistas a una amplia gama de fabricantes de ropa, juguetes, programas informáticos y accesorios. El formulario del acuerdo de licencia utilizado exige que el licenciatario rinda cuenta de sus ventas y pague trimestralmente regalías por dichas ventas. La empresa C desea obtener un préstamo del banco C garantizado por los pagos previstos de regalías en virtud de los acuerdos de licencia. La empresa C facilita al banco C una lista de las licencias, una descripción de los licenciatarios en materia crediticia y la situación de cada acuerdo de licencia. El banco C exigirá entonces a la empresa C que obtenga de cada licenciatario un certificado por el que acredite la existencia de la licencia, la ausencia de todo incumplimiento y la suma abonable y por el que confirme que este licenciatario ha convenido en pagar las futuras regalías al banco C hasta nuevo aviso.

Ejemplo 4 (financiación para producir una película)

30. Una empresa cinematográfica, la empresa D, desea producir cierta película. Dicha empresa crea una sociedad para que se encargue de la producción del largometraje y contrate a los guionistas, productores, directores y actores que haga falta. Esta sociedad productora obtiene un préstamo del banco D garantizado por los derechos de autor, los contratos de servicios y todos los ingresos que reporte la explotación de la futura película. Dicha empresa productora concertará acuerdos de licencia con distribuidores ubicados en diversos países, que convendrán en abonarle "anticipos en garantía" a cambio de las regalías que se generen, tras la producción y la entrega de la película, con su explotación comercial. Respecto de cada licencia, la empresa productora D, el banco D y el distribuidor/licenciatario concertarán un acuerdo de "reconocimiento y asignación" por el que el licenciatario reconocerá la prelación de la garantía del banco D y la asignación de sus pagos de regalías al banco D, mientras que el banco D convendrá en que, si ha de ejecutar su garantía sobre la licencia, no pondrá término a la licencia mientras el licenciatario siga efectuando sus pagos y respete por lo demás las cláusulas del acuerdo de licencia.

Ejemplo 5 (financiación para el desarrollo de programas informáticos)

31. La empresa E produce programas informáticos complejos para diversas aplicaciones en la arquitectura. Además de ciertos componentes de los programas

informáticos, elaborados por los ingenieros de programación informática de la empresa (para cuya utilización la empresa otorga licencias a sus clientes), la empresa E incorpora también a sus productos componentes de programas informáticos que obtiene de terceros mediante licencias (y para cuyo uso concede sublicencias a sus clientes). La empresa E desea obtener un préstamo del banco E respaldándolo con una garantía real sobre todos sus derechos de propiedad intelectual, entre ellos: a) sus derechos sobre los componentes de programas informáticos que elaboran sus ingenieros; b) sus derechos como licenciataria de propiedad intelectual obtenidos de terceros; y c) todas las regalías percibidas por la empresa E a raíz de la concesión de licencias (y sublicencias) a sus clientes para la utilización de sus programas.

Categoría 2

Ejemplo 6 (existencias de productos de una marca comercial propiedad del fabricante)

32. La empresa F, fabricante de pantalones vaqueros o de otras prendas de confección de prestigio de última moda, desea obtener un préstamo del banco F garantizado parcialmente por las existencias de artículos acabados de la propia empresa. Muchos de los artículos fabricados por la empresa F llevan prestigiosas marcas comerciales que son objeto de acuerdos de licencia con terceros que otorgan a la empresa F el derecho a fabricar y a vender dichos productos. La empresa F entrega al banco F sus acuerdos de licencia, que constituyen la prueba de su derecho a utilizar tales marcas.

Ejemplo 7 (existencias de productos de marcas comerciales propiedad del distribuidor)

33. La empresa G, una de las empresas distribuidoras de la empresa F, desea obtener un préstamo del banco G garantizado parcialmente por sus existencias de pantalones vaqueros y de otras prendas de vestir que compra a su empresa proveedora F, muchas de las cuales llevan prestigiosas marcas comerciales licenciadas por terceros a la empresa F. La empresa G entrega al banco G facturas de la empresa F, a título de prueba de que adquirió dichas prendas en una venta legítima, o entrega copias de sus acuerdos con la empresa F para demostrar que los pantalones distribuidos por la empresa G son auténticos.

Ejemplo 8 (financiación de una librería de venta al por menor)

34. Una librería de venta al por menor, la empresa H, desea obtener un préstamo del banco H dando como garantía sus existencias de libros tanto encuadernados como en rústica. Los derechos de autor de todos los libros están en manos de los propios autores y de las correspondientes editoriales. La empresa H adquiere sus libros por dos conductos. Por el primero, compra directamente los ejemplares a la casa editora. Por el segundo, recientemente introducido, la empresa H ha venido adquiriendo la posesión de algunos libros en régimen de consignación, ofreciendo a sus proveedores espacio de estantería y servicios de publicidad. La empresa H solo pagará los libros al ser estos vendidos, y goza del derecho a devolver los libros que, al cabo de varios meses, no se hayan vendido.

Ejemplo 9 (financiación de la fabricación de bienes de equipo en virtud de un acuerdo de licencia)

35. La empresa I es licenciataria de una patente con arreglo a un acuerdo de licencia que le otorga el derecho a fabricar y a vender bienes de equipo, junto con la tecnología incorporada, cubiertos por la patente. La empresa I desea obtener fondos para su negocio dando en garantía los bienes de equipo que fabrica y los créditos por cobrar nacidos de la venta del equipo a sus clientes.

Categoría 3

Ejemplo 10 (hipoteca sobre una empresa)

36. Un fabricante y distribuidor de productos cosméticos, la empresa J, desea obtener un crédito de 200 millones de euros para inyectar a su negocio capital circulante permanente. El banco J se plantea la posibilidad de otorgar el crédito a condición de que esté respaldado por una "hipoteca sobre la empresa" conforme a la cual el banco dispondría de una garantía real sobre casi todos los bienes existentes y futuros de la empresa J, inclusive todos los derechos de propiedad intelectual actuales y futuros de los que sea propietaria o todas las licencias para su utilización que tenga de terceros.

37. Cada uno de los anteriores ejemplos ilustra una manera por la que el propietario o el licenciatario de un derecho de propiedad intelectual, o el propietario de bienes cuyo valor depende de derechos de propiedad intelectual, puede utilizar ese derecho o esos bienes como garantía para obtener un crédito. En cada caso todo eventual prestamista será prudente y obrará con la debida diligencia para verificar la naturaleza y el alcance de los derechos de los propietarios y licenciatarios de la propiedad intelectual de que se trate y para determinar en qué medida la financiación propuesta menoscabaría o no esos derechos. De la habilidad del prestamista para resolver satisfactoriamente estas cuestiones, obteniendo todo consentimiento que se necesite del titular de los derechos de propiedad intelectual o negociando todo otro acuerdo que sea necesario, dependerá el acierto de conceder el crédito solicitado y el precio que decida cobrar por dicho crédito.

38. En cada uno de estos ejemplos se plantean distintas preguntas jurídicas que debe plantearse todo posible prestamista. Algunas de las preguntas que implican los ejemplos 1 a 5 (operaciones en las que la garantía consiste en derechos de propiedad intelectual) son las siguientes:

a) ¿Existe algún método sencillo y eficiente para constituir una garantía real sobre las categorías pertinentes de derechos de propiedad intelectual y para hacerla oponible a terceros? ¿Son costosos los procedimientos para constituir una garantía real en lo que se refiere a los gastos notariales u otros requisitos formales, o a las tarifas de inscripción, por hacer aumentar el costo del crédito para el prestatario? ¿Están dichos gastos justificados por los mayores beneficios que aportan al prestamista a través de la protección de los derechos de propiedad intelectual, que comprenden su garantía, lo cual puede reducir el costo e incrementar la cuantía del crédito que el prestamista esté dispuesto a conceder al prestatario gracias a esta mayor protección? ¿Existe alguna vía por la que el prestamista pueda efectuar una investigación sencilla y económica para determinar la prelación de su garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual antes de otorgar el crédito? ¿Será

oponible la garantía así constituida frente a un síndico o administrador de la insolvencia del otorgante de la garantía real?

b) Tratándose de derechos de propiedad intelectual inscritos en los registros de diversos países, ¿podrá el prestamista hacer inscribir su garantía real en todos esos países? ¿Cuáles serán las ventajas y los inconvenientes de tales inscripciones, y qué costo tendrán?

c) ¿Cabe señalar alguna categoría de derechos de propiedad intelectual, mencionada en los ejemplos, sobre la que no sea posible constituir una garantía conforme al régimen aplicable en uno u otro país?

d) ¿Cabrá constituir una garantía que grave no solo los derechos de propiedad intelectual existentes sino también los derechos futuros que el otorgante cree o adquiera? En el ejemplo 1, ¿cabe preguntar si la garantía otorgada por el banco A podrá hacerse automáticamente extensiva a toda nueva patente que obtenga o solicite la empresa A?

e) Cuando el bien gravado propuesto incluya licencias o sublicencias que generen regalías (como en los ejemplos 3, 4 y 5), ¿existe algún procedimiento simple por el que el prestatario pueda otorgar una garantía real sobre los ingresos que produzcan esas licencias o sublicencias? ¿Se prohíbe o se restringe de alguna manera en las licencias o sublicencias la capacidad del licenciante o del sublicenciante para otorgar una garantía real sobre la licencia o la sublicencia? De ser así, ¿cuál será el efecto de tal prohibición o restricción conforme al derecho aplicable? (por ejemplo, ¿se reconocerán tales prohibiciones o restricciones o serán consideradas inejecutables?)

f) En cada uno de los ejemplos 1 a 5, ¿cabe prever alguna vía ejecutoria eficaz de la garantía del prestamista sobre los derechos de propiedad intelectual pertinentes en caso de que el otorgante incumpla su obligación dimanante del acuerdo de financiación?

39. En los ejemplos 6 a 9 se plantean al prestamista cuestiones y preguntas ligeramente distintas, como las siguientes:

a) Utilizando el ejemplo 6 a título de ilustración, si el banco F desea realizar el valor de su garantía consistente en mercancías que llevan marcas licenciadas, ¿será preciso que obtenga el consentimiento de los licenciantes de las marcas, o que pague regalías a dichos licenciantes o si no que cumpla otras obligaciones que la empresa F tenga en virtud de los acuerdos de licencia? De no ser así, ¿dispondrá el banco F de un derecho a enajenar las mercancías que lleven las marcas licenciadas sin haber obtenido el consentimiento de los propietarios de las marcas? Naturalmente, para dilucidar estas cuestiones, el prestamista deberá examinar los acuerdos de licencia pertinentes;

b) ¿Qué sucedería si, estando pendiente la concesión del préstamo a la empresa F, uno de los licenciantes de las marcas es declarado insolvente? ¿Estará el administrador de la insolvencia de ese licenciante facultado para poner fin a la licencia otorgada a la empresa F? Si, por el contrario, el licenciante no cae en la insolvencia, pero sí incumple su obligación de reembolsar al prestamista, y si, en ese supuesto, el prestamista opta por ceder la marca comercial a un tercero al realizar el valor en garantía del bien gravado, ¿pondrá fin dicha cesión a la licencia otorgada a la empresa F? ¿Dependerá dicho resultado de que esa licencia haya sido

otorgada antes o después de que se constituya la garantía a favor del prestamista del licenciante? ¿Qué efecto tendría la extinción de la licencia sobre la facultad del banco F, al incumplir la empresa F su obligación de reembolso al banco F, para disponer de las mercancías existentes que fueron fabricadas bajo licencia durante el período de validez del acuerdo de licencia?

c) Si se declara insolvente a la empresa F, ¿podrá no obstante dicha empresa seguir fabricando mercancías bajo las marcas licenciadas en el supuesto de que se reorganice conforme al régimen legal de la insolvencia que le sea aplicable, o podrá, al menos, concluir la labor en curso al amparo de los acuerdos de licencia que tenga concertados? ¿En qué supuesto, de haber alguno, dispondrá la empresa F, en virtud del régimen de la insolvencia que le sea aplicable, del derecho a ceder las licencias a un tercero en el marco de la venta de su negocio a dicho tercero, con la aprobación del tribunal de la insolvencia?

d) ¿Los acuerdos de licencia en favor de la empresa F imponen alguna limitación a la capacidad de dicha empresa para revelar información confidencial al banco F que dicho banco pudiera requerir para evaluar las marcas comerciales como garantía? En otras palabras, ¿tiene el banco F el derecho a obtener información confidencial del licenciante cuya revelación no esté permitida? Y ¿puede entonces el banco F utilizar sin restricciones la información confidencial revelada?

e) En los ejemplos 7 y 8 los bancos se enfrentan a problemas similares de diligencia debida a los del banco del ejemplo 6. ¿Son acaso las respuestas del ejemplo 7 distintas por el hecho de que la empresa G sea un distribuidor de las mercancías de que se trate, y no su fabricante? ¿Se diferencian en algo las respuestas del ejemplo 8 por el hecho de que los derechos de propiedad intelectual de que se trata consistan en derechos de autor, y no en marcas comerciales? ¿Hay alguna diferencia si se han vendido algunos ejemplares (y puedan llegar a agotarse; véase el párrafo 93 *infra* y los párrafos 81 a 84 de A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1) mientras que otros ejemplares permanecen consignados?

f) ¿Se diferencian en algo las respuestas del ejemplo 9 por el hecho de que los derechos de propiedad intelectual de que se trata consistan en patentes y no en marcas comerciales?

40. Por último, en el ejemplo 10 se presenta la situación cada vez más frecuente de un crédito respaldado por una hipoteca sobre la empresa. Este mecanismo de garantía eficaz y económico, por el que se constituye una garantía real sobre todos los bienes existentes y futuros del otorgante, o sobre una parte sustancial de ellos, está reconocido en un número cada vez mayor de Estados (salvo reservas para acreedores no garantizados y otras limitaciones en algunos Estados) (sobre la cuestión de las hipotecas sobre una empresa, véase un análisis más detallado en la sección II, A, 7 d), párrafos 64 a 70 de la Guía). A menudo, los derechos de propiedad intelectual de un otorgante están englobados en la amplia concesión de una garantía de una hipoteca sobre la empresa. No obstante, de acuerdo con el enfoque sistemáticamente adoptado en el presente anexo, el otorgamiento de esta garantía está sujeto a disposiciones concretas y a requisitos del régimen de la propiedad intelectual acerca de la constitución, la prelación y la ejecución de garantías reales, y de su oponibilidad a terceros. No obstante, la hipoteca constituida sobre una empresa puede tener un importante valor para el acreedor garantizado. Por ejemplo, en el procedimiento de insolvencia del otorgante, la garantía real

constituida sobre la propiedad intelectual mediante la hipoteca sobre la empresa tal vez sea oponible al administrador de la insolvencia del otorgante. Además, si durante el procedimiento de insolvencia se vende el negocio del otorgante, esa garantía real puede permitir al acreedor argumentar con éxito que tiene derecho a un mayor porcentaje del producto de la venta, especialmente en situaciones en que el precio de la venta del negocio se base en gran medida en la propiedad intelectual del otorgante[11].

41. Una cuestión práctica aplicable a todos los diez ejemplos es la del modo en que el prestatario puede asegurar que recibe una evaluación exacta del valor de su propiedad intelectual, maximizando así la cuantía del crédito de que podrá disponer sobre la base de la propiedad intelectual. El régimen de las operaciones garantizadas no puede responder a esta pregunta. No obstante, dado que afecta a la utilización de la propiedad intelectual como garantía para la concesión de crédito financiero, es preciso entender y abordar algunas de las complejidades que entraña la valoración de la propiedad intelectual. Por ejemplo, si bien en la evaluación debe tenerse en cuenta el valor de la propiedad intelectual en sí y las previsiones de la liquidez que podrá generar, no existe ninguna fórmula de aceptación universal para hacerlo. Dada la creciente importancia que tiene la propiedad intelectual como garantía para el otorgamiento de crédito, en algunos Estados los prestamistas y prestatarios pueden a menudo solicitar asesoramiento a evaluadores independientes de la propiedad intelectual.

E. Objetivos clave y políticas fundamentales

[*Nota para el Grupo de Trabajo: sobre los párrafos 42 a 45 véase A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 61 a 75, y A/CN.9/649, párrafos 88 a 97.*]

42. El objetivo fundamental de la Guía es promover el crédito garantizado. A fin de lograr este objetivo general, la Guía amplía y analiza varios objetivos suplementarios, inclusive los de previsibilidad y transparencia (véase Introducción, sección C, 2, de la Guía). Del mismo modo, la Guía se basa en varias políticas fundamentales y las refleja. Entre ellas cabe destacar la de prever un alcance global para la legislación sobre operaciones garantizadas, un enfoque integrado y funcional de dichas operaciones (en virtud del cual todas las operaciones que cumplan fines de garantía, independientemente de cómo se denominen, son consideradas mecanismos de garantía) y la posibilidad de otorgar una garantía real sobre bienes futuros (véase Introducción, sección C, 3, de la Guía).

43. Estos objetivos clave y políticas fundamentales revisten la misma importancia para las operaciones garantizadas por propiedad intelectual. En consecuencia, el objetivo global de la Guía en lo que respecta a la propiedad intelectual es fomentar el crédito garantizado para las empresas titulares de propiedad intelectual o del derecho a utilizar tal propiedad permitiéndoles usar tales derechos como bienes gravados al tiempo que se protejan los intereses legítimos de los titulares de los

[11] Algunas de estas cuestiones podrían regularse en legislación sobre la propiedad intelectual específicamente relacionada con los bienes. Por ejemplo, el artículo 19 del Reglamento del Consejo EC N° 40/94 sobre las Marcas Comunitarias dispone que puede constituirse una garantía real sobre una marca comunitaria y que, a petición de una de las partes, esa garantía puede inscribirse en el registro de conjuntos de marcas comunitarias.

derechos, de los licenciantes y de los licenciatarios de propiedad intelectual. Del mismo modo, todos los objetivos y políticas fundamentales que se han mencionado son aplicables a las operaciones garantizadas en las que el bien gravado sea, total o parcialmente, propiedad intelectual. Por ejemplo, la Guía tiene la finalidad de:

a) Permitir a las personas que sean titulares de derechos de propiedad intelectual dar dicha propiedad en garantía para la obtención de crédito (véase el objetivo clave 1, apartado a));

b) Permitir a las personas que sean titulares de propiedad intelectual utilizar en su totalidad el valor de sus bienes con miras a obtener crédito (véase el objetivo clave 1, apartado b));

c) Dar a las personas que sean titulares de derechos de propiedad intelectual la posibilidad de constituir una garantía real sobre tales derechos de forma sencilla y eficaz (véase el objetivo clave 1, apartado c));

d) Conceder a las partes en operaciones garantizadas por propiedad intelectual la máxima flexibilidad para negociar las estipulaciones de su acuerdo de garantía (véase el objetivo clave 1, apartado i));

e) Permitir que las partes interesadas determinen de forma clara y previsible la existencia de garantías reales sobre la propiedad intelectual (véase el objetivo clave 1, apartado f));

f) Permitir que los acreedores garantizados puedan determinar de forma clara y previsible el grado de prelación de sus garantías reales sobre propiedad intelectual (véase el objetivo clave 1, apartado g)); y

g) Facilitar la ejecución eficaz de las garantías reales sobre propiedad intelectual (véase el objetivo clave 1, apartado h)).

44. La política general del régimen de la propiedad intelectual consiste en fomentar nuevas ideas o descubrimientos y su difusión. Para cumplir este objetivo general, el régimen de la propiedad intelectual concede a los titulares de derechos ciertos derechos exclusivos. A fin de asegurar que los objetivos clave del régimen de las operaciones garantizadas se cumplan de tal modo que no vayan en detrimento de los objetivos del régimen de la propiedad intelectual y que ofrezcan así mecanismos para financiar el desarrollo y la difusión de nuevas obras, la Guía enuncia un principio general para regular la interacción entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual. Este principio figura en la recomendación 4 b) (véase la sección II, A, 4 *infra*). En esta etapa, basta con señalar que el régimen expuesto en la Guía, de por sí, no define en modo alguno el contenido de ningún derecho de propiedad intelectual, no describe el alcance de los derechos que puede ejercer un titular, un licenciante o un licenciatario ni obstaculiza los derechos del titular de propiedad intelectual a preservar el valor de estos impidiendo el uso no autorizado de dicha propiedad. A este respecto, el objetivo fundamental del fomento de crédito garantizado en lo que respecta a la propiedad intelectual debería cumplirse de modo que no menoscabara los objetivos del régimen de la propiedad intelectual de impedir todo uso no autorizado de la propiedad intelectual o de proteger el valor de esta y de promover así el espíritu de innovación y de creatividad.

45. Del mismo modo, en un contexto de propiedad intelectual, este objetivo clave debería entenderse referido a la necesidad de que no disminuya el valor de la propiedad intelectual ni de que su resultado sea que se abandone dicha propiedad (por ejemplo, si no se utiliza debidamente una marca comercial, si no se utiliza en todos los bienes o servicios o no se mantiene un control de calidad adecuado, la propiedad intelectual puede perder valor o abandonarse). Además, en el caso de los bienes o servicios asociados con marcas, el régimen de las operaciones garantizadas debería procurar no crear confusión entre los consumidores en cuanto a la fuente de los bienes o servicios (por ejemplo, cuando un acreedor garantizado sustituya el nombre y la dirección del fabricante que figuren en las mercancías por un adhesivo en el que consten el nombre y la dirección del acreedor, o retenga la marca comercial y venda los bienes en un Estado en que la marca comercial sea propiedad de otra persona). Por último, el régimen de las operaciones garantizadas no debería disponer que el otorgamiento de una garantía real sobre los derechos de un licenciatario en virtud de una licencia personal podría entrañar la cesión de tales derechos sin el consentimiento de su titular.

II. Ámbito de aplicación y autonomía contractual de las partes

[*Nota para el Grupo de Trabajo: sobre los párrafos 46 a 67, véanse los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 82 a 108, y A/CN.9/649, párrafos 81 a 87.*]

A. Amplio ámbito de aplicación

46. La Guía es aplicable a las garantías reales constituidas sobre todos los tipos de bienes muebles, inclusive sobre los de propiedad intelectual, constituidas o adquiridas por una persona física o jurídica a fin de respaldar cualquier tipo de obligación, así como a todas las operaciones que se realicen con fines de garantía, independientemente de cómo las denominen las partes o de la forma en que las caracterice la legislación anterior (véanse las recomendaciones 2 y 8). El anexo tiene un alcance igualmente amplio en lo que respecta a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual.

1. Bienes gravados que entran en el ámbito de la Guía

47. La cuestión de la caracterización de los tipos de propiedad intelectual y la cuestión de que si cada uno de esos tipos de propiedad intelectual es transferible (y por tanto puede quedar sujeta a un gravamen) son cuestiones que entran en el ámbito del régimen de la propiedad intelectual. No obstante, la Guía y el anexo se basan en la hipótesis de que puede constituirse una garantía real sobre una patente, sobre una marca comercial y sobre los derechos económicos derivados de derechos de autor (pero no sobre los derechos morales de un autor, si el régimen de la propiedad intelectual no lo permite). La Guía y el anexo parten también de la base de que el bien gravado puede consistir en diversos derechos exclusivos de un titular de derechos, en los derechos de un licenciante o en los de un licenciatario. Sin embargo, el ámbito de aplicación de la Guía y del anexo que se describen está sujeto a una importante limitación, a saber, que de conformidad con las normas generales del régimen de la propiedad, el derecho a estar sujeto a gravamen debe ser

transferible en virtud del régimen general de la propiedad y del régimen de la propiedad intelectual.

2. Operaciones que entran en el ámbito de la Guía

48. Tal como se ha indicado, la Guía es aplicable a todas las operaciones que se lleven a cabo a título de garantía, independientemente de cómo las denominen las partes o el régimen de la propiedad intelectual. En otras palabras, tanto si el régimen de la propiedad intelectual considera que la transferencia de un derecho de propiedad intelectual a un acreedor a efectos de garantía constituye una transferencia condicional como si la considera una transferencia "pura y simple" de tal derecho, para la Guía esta operación da lugar solo a una garantía real, por lo que la Guía le será aplicable.

3. Cesión o transferencia pura y simple de propiedad intelectual

49. La Guía es aplicable a toda cesión absoluta de créditos por cobrar (es decir, a toda transferencia pura y simple de su titularidad) (recomendación 3). Dado que la Guía considera créditos por cobrar las regalías pagaderas por el licenciatario de propiedad intelectual, la Guía es aplicable a las cesiones absolutas del derecho a percibir regalías. La inclusión de las cesiones puras y simples de créditos por cobrar en el ámbito de aplicación de la Guía refleja el hecho de que esas cesiones suelen verse como operaciones de financiación que, en la práctica, son a veces difíciles de distinguir de los préstamos obtenidos con cargo a los créditos por cobrar.

50. La Guía es asimismo aplicable a las cesiones de todo tipo de bienes muebles a título de garantía, pues las considera mecanismos de garantía (véase la recomendación 2 d)). Sin embargo, la Guía no es aplicable a las transferencias puras y simples de cualquier otro bien mueble, ni a la propiedad intelectual, salvo en la medida en que exista un conflicto de prelación entre el cesionario que se beneficie de tal transferencia del bien y un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre dicho bien. El motivo por el que se excluyen las cesiones puras y simples de todo otro bien mueble, inclusive la propiedad intelectual, obedece a que estos bienes ya están suficientemente regulados por otra legislación, inclusive por el régimen de la propiedad intelectual y, en el caso de algunos tipos de propiedad intelectual, están sujetos a inscripción en un registro especial.

4. Limitaciones del ámbito de aplicación

51. En la Guía se asume que, a fin de facilitar el acceso a financiación mediante una garantía consistente en propiedad intelectual, los Estados que promulguen las recomendaciones de la Guía incluirán en sus respectivos regímenes modernos de las operaciones garantizadas normas que regulen las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual. No obstante, en la Guía se reconoce también que esas normas deben ajustarse a los criterios y a la infraestructura legislativa en materia de propiedad intelectual que tenga el Estado promulgante (véase la recomendación 4 b)).

52. En los diversos capítulos del presente anexo se abordan los posibles puntos de intersección entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual. A fin de ofrecer un contexto para este análisis más detallado de las repercusiones de la recomendación 4 b), convendría en esta etapa definir: a) las cuestiones que entran indiscutiblemente en el ámbito del régimen de la propiedad

intelectual y que no deben verse en modo alguno afectadas por la Guía; y b) las cuestiones sobre las cuales las normas enunciadas en la Guía puedan verse desplazadas o complementadas por una regla de derecho sobre la propiedad intelectual que regule la misma cuestión de modo distinto al de la Guía.

a) Distinción entre los derechos de propiedad intelectual y las garantías reales sobre propiedad intelectual

53. En la Guía solo se abordan las cuestiones jurídicas que caracterizan al régimen de las operaciones garantizadas, más que las cuestiones relativas a la naturaleza y a las características jurídicas del bien que sea objeto de la garantía real. Esto último entra exclusivamente en el ámbito del régimen de la propiedad aplicable a un bien concreto (con la excepción singular y parcial de los créditos por cobrar, dado que las cesiones puras y simples de créditos por cobrar entran en el ámbito de la Guía).

54. En el contexto de la financiación respaldada por propiedad intelectual, se desprende de lo anterior que la Guía no afecta ni pretende afectar a cuestiones relativas a la existencia, a la validez y al contenido de la propiedad intelectual del otorgante. Estas cuestiones son exclusivamente determinadas por el régimen aplicable de la propiedad intelectual. Naturalmente, al acreedor garantizado le convendrá prestar atención a estas reglas a fin de comprobar la existencia y la calidad de los bienes gravables, pero esta precaución sería igualmente aconsejable tratándose de cualquier otro bien. A continuación se presenta una lista ilustrativa de cuestiones que regula el régimen de la propiedad intelectual en relación con tal evaluación.

Derechos de autor:

a) La determinación de quién es el autor o el coautor;

b) La duración del amparo que brindan los derechos de autor;

c) Las limitaciones de tal amparo y sus excepciones;

d) La naturaleza del amparo (la expresión incorporada a la obra, frente a la idea a partir de la cual se generó, y la línea divisoria entre ambas);

e) El alcance de la transferibilidad de los derechos morales;

f) La relación entre los cesionarios del autor de una obra preexistente y los titulares de los derechos de autor sobre una obra derivada de la primera;

g) La atribución de la propiedad original en el caso de obras hechas por encargo y obras generadas por un empleado en cumplimiento de sus funciones.

Patentes:

a) La determinación de quién es el inventor o el coinventor;

b) Las consecuencias jurídicas de la inscripción registral (es decir, la validez) de una patente y el registro en que debe inscribirse;

c) El alcance y la duración del amparo que brinda la patente;

d) Los motivos para impugnar su validez (su carácter obvio o el hecho de no constituir una novedad);

e) El hecho de si su publicación previa impide patentar el invento;

f) El criterio de si los derechos de patente se otorgan a la primera persona que proceda a la inscripción o a la primera persona que conciba el invento o lo lleve a la práctica.

Marcas comerciales:

a) La determinación de quién es el primer usuario o el titular de los derechos sobre la marca comercial;

b) El criterio de si el amparo de la marca comercial se otorga a la primera persona que la utilice o a la primera que la inscriba en un registro;

c) El criterio de si la utilización previa es un requisito para la inscripción en un registro de marcas comerciales o de si el derecho queda garantizado por la inscripción inicial y subsiste mediante la ulterior utilización de la marca;

d) El fundamento del amparo que brinda el derecho (su carácter distintivo);

e) El motivo para perder el amparo (por ejemplo, si el titular no garantiza que la marca seguirá asociada a los bienes del propietario en el mercado), como en los siguientes casos:

i) La concesión de una licencia sin que el licenciante controle directa o indirectamente la calidad o el carácter de los bienes o servicios asociados con la marca comercial (la denominada licencia "nuda"); y

ii) Si se altera la marca comercial de modo tal que su apariencia ya no coincida con las características de la marca comercial inscrita en el registro;

f) La cuestión de si la marca comercial puede ser objeto de cesión con o sin su clientela.

b) Aspectos en que puede producirse un solapamiento entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual

55. Las cuestiones que se acaban de abordar no plantean la necesidad de remitir al régimen de la propiedad intelectual, dado que la Guía no pretende abordar esas cuestiones de entrada. En otras palabras, no se trata de cuestiones en que el principio enunciado en la recomendación 4 b) tenga alguna aplicación. La cuestión de la remisión se plantea cuando el régimen de la propiedad intelectual del Estado promulgante prevé una regla específica de propiedad intelectual sobre una cuestión que entra en el ámbito de la Guía, a saber, una cuestión relativa a la constitución, la prelación o la ejecución de una garantía real sobre propiedad intelectual, la oponibilidad a terceros de tal garantía o el derecho aplicable a ella.

56. El alcance y las consecuencias precisas de la remisión no pueden enunciarse abstractamente, dado que existen grandes diferencias entre los Estados acerca del grado en que se han establecido normas específicas de propiedad intelectual, e incluso dentro de un mismo Estado, según el tipo de propiedad intelectual de que se trate. No obstante, a continuación se presentan, a título de ilustración, ejemplos de los casos que se plantean con más frecuencia.

Ejemplo 1

57. Algunos Estados, en los que las garantías reales se constituyen mediante la transferencia de titularidad sobre el bien gravado, no permiten constituir garantías reales sobre una marca comercial por temor a que la titularidad del acreedor garantizado menoscabe el control de calidad requerido del titular de la marca comercial. Si tales Estados adoptaran las recomendaciones de la Guía, tal prohibición perdería su razón de ser, dado que, con arreglo al concepto de garantía real enunciado en la Guía, el otorgante conserva la propiedad de los bienes gravados. Sin embargo, la adopción de las recomendaciones de la Guía no supondría la eliminación automática de la prohibición. El requisito de remisión significa que se requeriría introducir una enmienda específica en la legislación pertinente de propiedad intelectual.

Ejemplo 2

58. En algunos Estados, el régimen de la propiedad intelectual exige la inscripción de la propiedad intelectual en un registro especial como requisito imperativo para constituir una garantía real únicamente sobre una cesión pura y simple o sobre este tipo de cesiones y las garantías reales sobre el tipo de propiedad intelectual sujeta a tal registro, y para lograr su oponibilidad a terceros. Habida cuenta del principio de la remisión al régimen de la propiedad intelectual conforme a la recomendación 4 b), la adopción de las recomendaciones de la Guía no afectaría a la aplicación de tal regla y seguiría requiriéndose la inscripción en ese registro especial. No obstante, la remisión al régimen de la propiedad intelectual puede poner en entredicho el objetivo de la Guía, consistente en facilitar las operaciones garantizadas. A diferencia del caso del registro general de garantías reales recomendado por la Guía, muchas veces no es posible inscribir en registros de la propiedad intelectual una notificación de una garantía real a nombre del otorgante o que el registro comprenda propiedad intelectual futura. Más bien, las garantías reales suelen poder inscribirse únicamente en los registros existentes de la propiedad intelectual y es preciso inscribir nuevas notificaciones para que una garantía real pueda hacerse extensiva a toda nueva propiedad intelectual que el otorgante adquiera en el futuro.

Ejemplo 3

59. En algunos Estados, el régimen de la propiedad intelectual prevé la inscripción tanto de las cesiones puras y simples como de las garantías reales en su respectivo registro de la propiedad intelectual, pero la inscripción no es imperativa, pues no constituye un requisito indispensable para la constitución de una garantía real o para darle eficacia frente a terceros. No obstante, la inscripción tiene consecuencias en lo que respecta a la prelación, puesto que una operación no inscrita puede tener menos prelación que una que se haya inscrito. En el caso de un ordenamiento así, la recomendación 4 b) preservaría esa regla del régimen de la propiedad intelectual de dicho Estado y, en consecuencia, todo acreedor garantizado que deseara beneficiarse de una protección óptima podría tener que efectuar una inscripción doble, es decir, en el registro general de garantías reales y en el de la propiedad intelectual. Ello se debe a que: a) la inscripción en el registro general de garantías reales es un requisito indispensable para la eficacia frente a terceros en virtud del régimen de las operaciones garantizadas; y b) la inscripción en el registro de la propiedad intelectual será necesaria para proteger al acreedor garantizado frente al riesgo de

que su garantía real acabe teniendo un grado inferior de prelación al de una cesión pura y simple o de una garantía real concurrente que se inscriban en el registro de la propiedad intelectual de conformidad con las reglas de prelación específicamente aplicables a la propiedad intelectual.

60. En algunos Estados, la inscripción de cesiones absolutas de derechos y de garantías reales en el registro de la propiedad intelectual solo confiere protección frente a una cesión de un derecho anterior o a la constitución de una garantía real anterior que no se hayan inscrito si la persona con la garantía inscrita la aceptó sin tener conocimiento de la garantía no inscrita (por ejemplo, si la persona es un comprador de buena fe). En los Estados en que esta regla sea una norma del régimen de la propiedad intelectual a la que se remita la Guía de conformidad con la recomendación 4 b) (por oposición a una norma general del régimen de las operaciones garantizadas que sea aplicable en todo el ordenamiento jurídico del Estado), la adopción de la recomendación de la Guía planteará también la cuestión de si la inscripción de una garantía real sobre propiedad intelectual en el registro general de garantías reales constituye una notificación implícita dada a todo acreedor garantizado subsiguiente que inscriba su garantía real en el registro de la propiedad intelectual. De ser así, en virtud del derecho de un Estado que tenga tal norma aplicable a un comprador de buena fe, no sería necesario que un acreedor garantizado que hubiera efectuado una inscripción en el registro general de garantías reales procediera también a la inscripción en el registro de la propiedad intelectual, a fin de tener prelación frente a subsiguientes cesionarios y acreedores garantizados.

Ejemplo 4

61. En su régimen de la propiedad intelectual, algunos Estados prevén la inscripción en sus registros de la propiedad intelectual de las transferencias de derechos de propiedad intelectual, pero no de las garantías reales constituidas sobre tales derechos. En estas situaciones, la inscripción tiene consecuencias de prelación solo entre los cesionarios, y no entre un cesionario y un acreedor garantizado. En los Estados que adopten este enfoque, el acreedor garantizado deberá asegurarse de que todas las transferencias de propiedad intelectual en beneficio de su otorgante estén debidamente inscritas en el registro de la propiedad intelectual, a fin de no correr el riesgo de que una transferencia inscrita subsiguientemente tenga mayor prelación que el derecho del otorgante. En otro caso, sin embargo, los derechos del acreedor garantizado serán determinados por el régimen de las operaciones garantizadas. Del mismo modo, será preciso que el acreedor garantizado se cerciore de que la transferencia que le haya hecho el otorgante con fines de garantía está debidamente inscrita en el registro de la propiedad intelectual, a fin de evitar el riesgo de que un cesionario subsiguiente del otorgante prevalezca sobre la transferencia de la garantía al acreedor garantizado.

Ejemplo 5

62. En el régimen de la propiedad intelectual de algunos Estados, la inscripción de transferencias de derechos de propiedad intelectual y de la constitución de garantías reales sobre tales derechos tiene un carácter puramente permisivo, con la única finalidad de facilitar la identificación del titular actual de los derechos. En tal régimen, el hecho de que no haya inscripción no invalida la operación ni afecta a su grado de prelación (si bien podría crear presunciones probatorias). En los Estados

que adopten este enfoque, la situación será esencialmente la misma que cuando no existan registros especiales de ningún tipo, como suele ocurrir en el caso de los derechos de autor. Cuando esas cuestiones estén reguladas por el régimen de la propiedad intelectual, la Guía remite a él. En cambio, cuando se dejan en manos del régimen general de la propiedad, la cuestión de la remisión no se plantea, dado que las reglas anteriores a la Guía no dimanaban del derecho que regula la propiedad intelectual sino del régimen de la propiedad en general. Así pues, con la adopción de la Guía se suplirán las reglas existentes que regulen la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación y otros aspectos de las garantías reales sobre propiedad intelectual. Naturalmente, las reglas anteriores sobre esas cuestiones seguirán siendo aplicables a las transferencias o cesiones puras y simples de propiedad intelectual, dado que la Guía solo regula las garantías reales sobre propiedad intelectual. Por consiguiente, será preciso que el acreedor garantizado verifique la calidad de toda cesión pura y simple de propiedad intelectual a su otorgante. Sin embargo, este tipo de prevención de riesgos no se diferencia de las precauciones que hay que tener en el caso de cualquier otro tipo de bien gravado para el cual no exista ningún registro especial.

Ejemplo 6

63. La cuestión de qué persona tiene la titularidad de la propiedad intelectual en una cadena de cesionarios viene determinada por el régimen de la propiedad intelectual. Al mismo tiempo, la cuestión de si una transferencia constituye una cesión pura y simple o una cesión a título de garantía viene determinada por el régimen general de la propiedad y por el de las operaciones garantizadas.

Ejemplo 7

64. De nuevo, el régimen de la propiedad intelectual puede haber previsto reglas especiales acerca del procedimiento que el acreedor ha de seguir para el embargo y la venta de un derecho de propiedad intelectual a raíz de una sentencia condenatoria del titular del derecho gravado. De ser así, el régimen de ejecución previsto en la Guía remitiría al régimen de la propiedad intelectual. No obstante, si no existe ninguna regla concreta sobre la cuestión en el régimen de la propiedad intelectual y si se prevé que la ejecución de sentencias se regule por el Código de Procedimiento Civil o por una ley de ejecución, la vía ejecutoria prevista en la Guía para las garantías reales prevalecería sobre las normas nacionales relativas a la ejecución de obligaciones y sentencias. Del mismo modo, cuando no exista ninguna norma concreta, en el régimen de la propiedad intelectual, que regule la ejecución extrajudicial, será aplicable el régimen pertinente previsto en la Guía para los casos de ejecución extrajudicial de garantías reales sobre propiedad intelectual (véase el capítulo relativo a la ejecución en A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1).

B. Aplicación del principio de la autonomía de las partes a las garantías reales sobre propiedad intelectual

65. En la Guía se reconoce en general el principio de la autonomía contractual de las partes, si bien se prevén algunas excepciones (véanse las recomendaciones 10, 111 y 112). Este principio es igualmente aplicable a las garantías reales sobre propiedad intelectual en la medida en que el régimen de la propiedad intelectual no

limite la autonomía de las partes (véase A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, párrafos 62 y 63). Conviene señalar que las recomendaciones 111 a 113 se aplican únicamente a los bienes corporales, pues hacen referencia a la posesión de bienes gravados, mientras que los bienes inmateriales no están, por definición, sujetos a posesión.

66. Una forma especial de enunciar el principio de la autonomía de las partes en las operaciones garantizadas sobre propiedad intelectual sería la siguiente: un otorgante y un acreedor garantizado podrán convenir en que el acreedor garantizado podrá adquirir algunos de los derechos de su titular en virtud del régimen de la propiedad intelectual, por lo que estará facultado a efectuar o renovar inscripciones en registros, y para demandar a los infractores. Este acuerdo entre las partes podría revestir la forma de una cláusula especial del acuerdo de garantía o de un acuerdo suplementario entre el otorgante y el acreedor garantizado, dado que este último no se convierte en titular de derechos por el mero hecho de obtener una garantía real (a menos que el régimen de la propiedad intelectual caracterice los derechos del acreedor garantizado en virtud de la Guía como derechos de un titular o permita al titular de tales derechos y al acreedor garantizado convenir en que este último sea el titular de esos derechos).

67. Cabe señalar también que los daños y perjuicios percibidos a raíz de la infracción de derechos de propiedad intelectual entrarían en la definición de "producto" ("todo aquello que se perciba por concepto de los bienes gravados"), que pasaría a abarcar la garantía real sobre la propiedad intelectual gravada original. Sin embargo, el derecho a presentar reclamaciones por infracción (por oposición al derecho a percibir una indemnización por los daños y perjuicios causados por una infracción) no es lo mismo. Ese derecho no constituiría producto, pues no entraría en la definición de "todo aquello que se perciba por concepto de los bienes gravados", definición que limita la lista indicativa (es decir, no exhaustiva) de los elementos que entran en la definición ("inclusive ... y las reclamaciones presentadas por razón de defectos de un bien gravado, daños sufridos por este o pérdida del mismo").

III. Constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: sobre los párrafos 68 a 102, véanse los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 112 a 133, y A/CN.9/649, párrafos 16 a 28.*]

68. Las observaciones generales y las recomendaciones de la Guía relativas a la constitución de una garantía real son aplicables también a las garantías reales sobre propiedad intelectual (véanse las recomendaciones 13 a 19), que se complementan en los párrafos que figuran a continuación con observaciones específicamente relacionadas con los bienes.

A. Los conceptos de constitución de una garantía real y de oponibilidad de una garantía a terceros

69. En lo que respecta a los tipos de bienes gravados (inclusive la propiedad intelectual), la Guía hace una distinción entre la constitución de una garantía real (su eficacia entre las partes) y la oponibilidad de dicha garantía a terceros, y prevé requisitos distintos para ambas cosas. Es posible que en muchos Estados el régimen de la propiedad intelectual no haga tal distinción (véase A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, párrafos 1 a 3).

70. Si, en un determinado Estado, el régimen de la propiedad intelectual regula la cuestión y no hace ninguna distinción entre la eficacia frente a terceros de una garantía real sobre propiedad intelectual y la constitución de tal garantía, no se aplicarán las recomendaciones de la Guía referentes a los requisitos para la constitución de garantías reales y para su oponibilidad a terceros, si no son acordes con el régimen de dicho Estado. Así pues, estas cuestiones se determinan en función de las normas pertinentes del régimen de la propiedad intelectual. Sin embargo, cuando un régimen de la propiedad intelectual no regule estas cuestiones, se les aplicarán las recomendaciones de la Guía. Los Estados que promulguen las recomendaciones de la Guía tal vez deseen estudiar la posibilidad de revisar su legislación en materia de propiedad intelectual con el fin de determinar si sus distintos conceptos y requisitos en lo que respecta a la constitución de garantías reales sobre propiedad intelectual y a su oponibilidad a terceros cumplen finalidades normativas concretas del régimen de la propiedad intelectual (y no de otros regímenes, como el régimen general de la propiedad, el de los contratos o el de las operaciones garantizadas), y si tales conceptos y requisitos deberían mantenerse o armonizarse con los conceptos y requisitos pertinentes del régimen que se recomienda en la Guía.

B. Concepto unitario de una garantía real

71. En un régimen de la propiedad intelectual que permita la constitución de garantías reales sobre propiedad intelectual puede hacerse referencia a las cesiones puras y simples o condicionales de propiedad intelectual, a hipotecas, a promesas, a fideicomisos o a términos similares. En la Guía el concepto de "garantía real" se entiende referido a todas las operaciones concertadas con fines de garantía. Esto es lo que se denomina el "enfoque unitario" de las operaciones garantizadas. Si bien la Guía prevé excepcionalmente que los Estados que adopten el enfoque no unitario en el contexto limitado de la financiación de adquisiciones podrán conservar operaciones calificadas de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero, esta excepción es únicamente aplicable a los bienes corporales y, por lo tanto, no tendría sentido en el contexto de la propiedad intelectual. Los Estados que incorporen a su derecho interno las recomendaciones de la Guía tal vez deseen revisar sus respectivos regímenes de la propiedad intelectual con miras a: a) sustituir por "garantía real" todos los términos o expresiones que se empleen para hacer referencia al derecho de un acreedor garantizado; o b) disponer que, sean cuales sean los términos o expresiones que se empleen, los derechos que cumplan funciones de garantía se tratarán de una misma forma, que no será incompatible con el modo en que se regulan las garantías reales en la Guía.

C. Requisitos para la constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual

72. En virtud de la Guía, la constitución de una garantía real sobre un bien inmaterial requiere un acuerdo por escrito. Además, el otorgante debe tener derechos sobre el bien gravable o el poder de gravarlo. El acuerdo debe dejar constancia de la intención de las partes de constituir una garantía real, debe especificar la identidad del acreedor garantizado y del otorgante, y debe describir la obligación garantizada y los bienes gravados (véanse las recomendaciones 13 a 15). Tal como se ha mencionado ya, no se requiere ninguna otra medida para la constitución de una garantía real sobre un bien inmaterial. La finalidad de toda otra medida suplementaria (como la inscripción de una notificación en un registro general de garantías reales) tendrá por objeto asegurar la oponibilidad a terceros de la garantía real constituida.

73. No obstante, los regímenes de la propiedad intelectual de muchos Estados imponen diversos requisitos para la constitución de una garantía real sobre tal tipo de propiedad. Por ejemplo, se puede requerir, para la constitución de una garantía real, la inscripción de una garantía real sobre propiedad intelectual (por ejemplo, de una transferencia con fines de garantía, de una hipoteca o de una promesa de propiedad intelectual). Además, el régimen de la propiedad intelectual de un Estado puede requerir que la propiedad intelectual que se vaya a gravar se describa de manera específica en un acuerdo de garantía. Así pues, es posible que, en virtud del régimen de la propiedad intelectual, no baste con la descripción suficiente que prevé la Guía (por ejemplo, una descripción que abarque "toda la propiedad intelectual"). Todo depende de las disposiciones concretas del régimen pertinente de la propiedad intelectual. Del mismo modo, dado que en los registros de la propiedad intelectual los documentos inscritos se clasifican por referencia al tipo de propiedad intelectual, y no en función del nombre del otorgante o de otro factor de identificación, en tal registro no sería suficiente inscribir un documento en el que se indicara meramente "toda la propiedad intelectual del otorgante", sino que sería necesario especificar cada uno de los derechos de propiedad intelectual en el acuerdo de garantía y en todo documento inscrito.

74. En todas estas situaciones, de conformidad con el principio enunciado en la recomendación 4 b), el régimen recomendado en la Guía solo sería aplicable cuando no fuera incompatible con el régimen de la propiedad intelectual. Naturalmente, los Estados que incorporen la Guía a su derecho interno tal vez deseen revisar sus legislaciones en materia de propiedad intelectual con el fin de determinar si sus distintos conceptos y requisitos en lo que respecta a la constitución de garantías reales sobre propiedad intelectual cumplen funciones normativas específicas del régimen de la propiedad intelectual, por lo que deben mantenerse, o si deberían armonizarse con los conceptos y requisitos pertinentes del régimen que se recomienda en la Guía.

D. Derechos de un otorgante sobre la propiedad intelectual que vaya a gravarse

75. Tal como se ha indicado, un otorgante debe tener derechos sobre el bien que se vaya a gravar o debe tener el poder de gravarlo (véase la recomendación 13). Se trata de un principio del régimen de las operaciones garantizadas que es igualmente aplicable a la propiedad intelectual. Además, en virtud del régimen general de la propiedad, un otorgante únicamente puede gravar sus bienes si estos son transferibles en virtud de dicho régimen. Este principio es también aplicable a las operaciones garantizadas por propiedad intelectual. Así pues, el titular de derechos solamente puede gravar estos derechos en la medida en que el régimen de la propiedad intelectual permita su transferencia. En particular, un licenciatario de propiedad intelectual únicamente podrá gravar su licencia cuando esta sea transferible en virtud del régimen de la propiedad intelectual y de conformidad con lo estipulado en el acuerdo de licencia.

E. Distinción entre un acreedor garantizado y el titular de derechos en lo que respecta a la propiedad intelectual

76. La cuestión de quién tiene la titularidad y de si las partes pueden determinarla ellas mismas está regulada por el régimen de la propiedad intelectual. En cualquier caso, para los fines del régimen de las operaciones garantizadas previsto en la Guía, la constitución de una garantía real no cambia al titular de los derechos de propiedad intelectual gravados y el acreedor garantizado no se convierte en titular de derechos por la mera razón de que haya adquirido una garantía real (a menos de que el régimen de la propiedad intelectual describa los derechos que tiene un acreedor garantizado en virtud de la Guía como los derechos de un titular de derechos o que simplemente permita al titular de derechos y al acreedor garantizado convenir en que dicho acreedor será el titular de los derechos).

77. Conforme a la Guía, el acreedor garantizado puede convertirse en un titular de derechos, si, a raíz de un incumplimiento, adquiere la propiedad intelectual gravada como forma de pago de la obligación garantizada, lo cual requiere el consentimiento del otorgante y de sus otros acreedores (véanse las recomendaciones 156 y 157), o si adquiere los derechos de propiedad intelectual gravados en una venta pública (véanse las recomendaciones 141 y 148). Naturalmente, a los acreedores garantizados les interesa saber cómo se caracterizarán sus derechos y obligaciones en el régimen de la propiedad intelectual, pero esta caracterización no determinará el modo en que sus derechos serán caracterizados en el régimen de las operaciones garantizadas. Tampoco determinará la forma en que esos derechos serán ejecutados en virtud del régimen de las operaciones garantizadas (véase el capítulo relativo a la ejecución en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1).

F. Tipos de derechos de propiedad intelectual que podrán estar sujetos a una garantía real

78. De conformidad con la Guía, puede constituirse una garantía real sobre los derechos de un titular de derechos o sobre los derechos que tenga un licenciante o

un licenciatario en virtud de un acuerdo de licencia. Además, pueden constituirse garantías reales sobre propiedad intelectual que se utilice en relación con un bien corporal (por ejemplo, relojes de pulsera de diseño o prendas de vestir que lleven una marca comercial). Es preciso que la propiedad intelectual sea transferible en virtud del régimen de la propiedad intelectual y que esté comprendida en el acuerdo de garantía.

1. Derechos de un titular de derechos de propiedad intelectual

79. La Guía es aplicable a las operaciones garantizadas en las que los bienes gravados sean los derechos de un titular de derechos. En consecuencia, pueden constituirse garantías reales eficaces y ejecutables, siempre que esos derechos sean transferibles de conformidad con el régimen de la propiedad intelectual. Entre ellos figuran los siguientes derechos de un titular: el derecho a prevenir la utilización no autorizada de propiedad intelectual y a demandar a los infractores, el derecho a inscribir propiedad intelectual en un registro, y el derecho a autorizar a otras personas a utilizar la propiedad intelectual.

80. Normalmente, el elemento esencial de los derechos de un titular radica en su capacidad para prevenir la utilización no autorizada y para demandar a quienes vulneren derechos de propiedad intelectual. Si, de conformidad con el régimen de la propiedad intelectual, esos derechos son transferibles, podrán gravarse con una garantía real a la que la Guía será aplicable. Si esos derechos son inalienables en virtud del régimen de la propiedad intelectual, no podrán quedar sujetos al gravamen de una garantía real, ya que la Guía no afecta a las prohibiciones legislativas de la transferibilidad de bienes, con la salvedad de determinadas prohibiciones en lo referente a los créditos por cobrar futuros y a los créditos por cobrar cedidos globalmente (véase la recomendación 18).

81. Con respecto al derecho del titular de derechos de propiedad intelectual a demandar a los infractores, convendría señalar que si, al constituirse una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual, se ha cometido ya una infracción de dicho derecho, si el titular del derecho ha presentado una demanda contra el infractor y este ha pagado la reparación debida, la suma pagada antes de la constitución de la garantía real no formará parte del derecho de propiedad intelectual gravado y el acreedor garantizado no podrá reclamar dicha suma, a raíz de un incumplimiento, como si formara parte del bien originalmente gravado. No obstante, el acreedor garantizado sí podrá reclamar dicha suma a título de producto del bien originalmente gravado, si la reparación se abona después de la constitución de la garantía real (por una infracción cometida antes o después de la constitución de la garantía). Si no se ha pagado aún la reparación debida, dicha suma o crédito por cobrar podría formar parte del derecho de propiedad intelectual originalmente gravado, por lo que el acreedor garantizado podría reclamarla en caso de incumplimiento de la obligación garantizada. Si la causa judicial no está concluida al constituirse la garantía real, el acreedor garantizado debería poder, en un supuesto de incumplimiento, legitimar al acreedor garantizado por el derecho de propiedad intelectual para proseguir el proceso en curso (siempre y cuando lo permita el régimen de la propiedad intelectual).

82. En lo que respecta a si el derecho a inscribir propiedad intelectual en un registro o a renovar una inscripción puede transferirse y pasar así a formar parte del

derecho gravado de propiedad intelectual, cabe seguir los mismos criterios. La cuestión de si el derecho a efectuar o a renovar una inscripción registral de propiedad intelectual constituye un derecho inalienable del titular debe determinarla el régimen de la propiedad intelectual. La cuestión de si tal derecho forma parte del derecho de propiedad intelectual gravado está en función de cómo se describa el bien gravado en el acuerdo de garantía.

2. Derechos de un licenciante

83. Como ya se ha indicado, un acuerdo de licencia no es una operación garantizada y con él no se constituye ninguna garantía real. No obstante, en virtud de la Guía, pueden constituirse garantías reales sobre los derechos de un licenciante. Si un licenciante es titular de derechos, puede constituir una garantía real sobre ellos, tal como se ha dicho más arriba. Además, ese licenciante podrá constituir una garantía sobre su derecho a reclamar regalías y tal vez sobre otros derechos contractuales de valor. Entre esos otros derechos contractuales puede figurar, por ejemplo, el derecho del licenciante a obligar al licenciatario a hacer publicidad sobre la propiedad intelectual o el producto objeto de la licencia en virtud de la cual se utilice la propiedad intelectual, o el derecho a obligar al licenciatario a comercializar la propiedad intelectual sujeta a licencia solo de una determinada manera. Si el licenciante no es el titular de un derecho (sino que es un licenciatario que otorga una sublicencia), puede constituir una garantía real sobre su derecho a reclamar regalías u otros derechos contractuales de valor.

84. Ateniéndose al enfoque adoptado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y reflejado en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, en la Guía se considera que los derechos a percibir regalías constituyen créditos por cobrar, es decir, bienes diferenciados de la propiedad intelectual de la que dimanan, del mismo modo que los alquileres son bienes diferenciados de los bienes muebles o inmuebles de los que se derivan. Esto significa que el análisis general y las recomendaciones relativas a los créditos por cobrar, modificados por el análisis y las recomendaciones específicamente relacionados con los créditos por cobrar, son aplicables a los derechos a percibir el pago de regalías. Así pues, conforme a la Guía, las prohibiciones legislativas relacionadas con la cesión de créditos por cobrar futuros o de créditos cedidos globalmente o de cesiones parciales pasan a ser inejecutables (véase la recomendación 23). Sin embargo, hay otras prohibiciones o limitaciones legislativas que no se ven afectadas (véase la recomendación 18). Naturalmente, estos efectos dependerán de la legislación sobre propiedad intelectual, que puede ampliar o restringir la capacidad de las partes para no tener que aplicar alguna prohibición legislativa. Entre esas legislaciones figuran, en particular, las reglamentaciones internacionales de contabilidad sobre cómo y cuándo se perciben regalías (por ejemplo, la norma internacional de contabilidad Nº 38 de la Comisión de Normas Internacionales de Contabilidad). Según disponen estas normas, las regalías que no se hayan ganado conforme a las normas de contabilidad aplicables en el momento en que se cedan se tratarán de una determinada manera en la contabilidad. Así pues, las partes en un acuerdo de licencia y en un acuerdo de garantía por el que se constituya una garantía real sobre el derecho del licenciante a percibir esas regalías deberían tenerlo en cuenta en sus operaciones.

85. De conformidad con la Guía, si un acuerdo de licencia (o de sublicencia), en virtud del cual deban pagarse regalías, contiene una cláusula contractual que

restringe la facultad del licenciante (o de un sublicenciante) para ceder el cobro de las regalías a un tercero (el "cesionario"), toda cesión de esas regalías por el licenciante (o por el sublicenciante) será, sin embargo, válida, y el licenciatario (o el sublicenciatario) no podrá dar por caducado el acuerdo de licencia (o el acuerdo de sublicencia) por la única razón de que se hayan cedido las regalías (véase la recomendación 24). No obstante, en virtud de la Guía, los derechos de un licenciatario (como deudor de los créditos por cobrar cedidos) no se verán afectados, a menos que disponga otra cosa el régimen de las operaciones garantizadas que se recomienda en la Guía (véase la recomendación 117 a)). Concretamente, el licenciatario tendrá derecho a oponer al cesionario todas las excepciones o todos los derechos de compensación nacidos del acuerdo de licencia o de algún otro acuerdo que forme parte de la misma operación (véase la recomendación 120 a)). Además, la Guía tampoco afectará a la responsabilidad en que el licenciante pueda incurrir, en virtud de otras reglas de derecho aplicables, por haber violado el acuerdo de intransferibilidad (véase la recomendación 24).

86. Es importante señalar que la recomendación 24 solo será aplicable a los créditos por cobrar, y no a los derechos de propiedad intelectual. Por ello, no será aplicable a un acuerdo celebrado entre un licenciante y un licenciatario por el que se estipule que el licenciatario no tendrá derecho a otorgar sublicencias.

87. También es importante señalar que la recomendación 24 será únicamente aplicable a un pacto entre un acreedor y el deudor del crédito pertinente en virtud del cual el crédito adeudado al acreedor por el deudor no pueda cederse. La recomendación 24 no será aplicable a un acuerdo entre el acreedor y el deudor del crédito en virtud del cual el deudor no pueda ceder créditos que este pueda tener frente a terceros. Así pues, la recomendación 24 no será aplicable a un acuerdo entre un licenciante y un licenciatario por el que se estipule que el licenciatario no podrá hacer cesión de su derecho a cobrar las regalías que le sean abonables por sublicenciatarios terceros por concepto de sublicencia. Este tipo de acuerdo puede existir, por ejemplo, cuando el licenciante pacte con el licenciatario que este último destine las regalías que le sean abonables por su sublicencia a desarrollar o mejorar los derechos de propiedad intelectual sujetos a licencia. Así pues, la Guía no afectará al derecho del licenciante a negociar su acuerdo de licencia con el licenciatario de modo que sus estipulaciones le permitan controlar quién podrá utilizar la propiedad intelectual o el pago de regalías por el licenciatario y los sublicenciatarios.

88. Además, la recomendación 24 no será aplicable a un acuerdo entre el licenciante y el licenciatario en virtud del cual el licenciante pueda poner fin al acuerdo de licencia si el licenciatario viola una cláusula que le prohíba ceder las regalías que pueda cobrar de sus sublicenciatarios. En este contexto, el derecho del licenciante a dar por caducada la licencia si el licenciatario incumple lo estipulado al respecto dará a los sublicenciatarios un fuerte incentivo para asegurarse de que el licenciatario paga al licenciante. Además, la recomendación 24 no afectará tampoco al derecho del licenciante: a) a estipular con el licenciatario que una parte de las regalías abonables a este (que representan fondos destinados al pago de las regalías que el licenciatario adeuda al licenciante) sea ingresada por los sublicenciatarios directamente en una cuenta que esté a nombre del licenciante; o b) a obtener una garantía real sobre las futuras regalías abonables al licenciatario por sus sublicenciatarios, a inscribir a este respecto una notificación en el registro general

de garantías reales y a obtener así una garantía real que goce de prelación sobre los créditos de los demás acreedores del licenciatario (a reserva de lo que disponen las reglas de la Guía a efectos de lograr la oponibilidad a terceros y la prelación de las garantías reales).

89. Por último, convendría señalar que lo dispuesto en la Guía contra las limitaciones de la cesión de créditos por cobrar es únicamente aplicable a las limitaciones de origen contractual (y no a las de carácter legislativo). Muchos países han promulgado leyes "protectoras del autor" o similares que fijan un determinado porcentaje de los ingresos reportados por la explotación de un derecho de propiedad intelectual que deberá abonarse, a título de "justa remuneración", al autor u otro titular del derecho o a la sociedad que se encargue de su cobro. Estas normas legales suelen declarar dichos pagos expresamente intransferibles. Las recomendaciones de la Guía acerca de las limitaciones de la cesión de créditos por cobrar no son aplicables a estas limitaciones ni a otras limitaciones legislativas (véanse también los párrafos 99 y 100 *infra*).

3. "Derechos"[12] del licenciatario

90. Todo licenciatario gozará del derecho a utilizar la propiedad intelectual licenciada conforme a lo estipulado en el acuerdo de licencia. Además, si, en virtud de dicho acuerdo, el licenciatario está facultado para otorgar sublicencias y, en virtud del acuerdo de sublicencia, puede cobrar regalías, el licenciatario podrá exigir tales regalías a sus sublicenciatarios. En algunos regímenes de la propiedad intelectual no se permite que el licenciatario constituya, sin el consentimiento del licenciante, una garantía real sobre su derecho a utilizar la propiedad intelectual licenciada o sobre su derecho a cobrar regalías de los sublicenciatarios (cabe prever alguna excepción al respecto cuando el licenciatario venda su empresa como negocio en marcha). La razón de ser de dicha regla es que es importante que el licenciante mantenga el control del derecho de propiedad intelectual licenciado, reservándose su derecho a determinar quién podrá utilizarla. De lo contrario, se estaría poniendo en peligro el valor y la confidencialidad de la información incorporada al derecho de propiedad intelectual. Si la licencia es transferible y el licenciatario la cede, el cesionario adquirirá la licencia quedando sujeto a lo que estipulen las cláusulas del acuerdo de licencia. La Guía no afectará a esas prácticas de concesión de licencias.

4. Utilización de derechos de propiedad intelectual con respecto a un bien corporal

91. Cabe utilizar propiedad intelectual con respecto a un bien corporal. Por ejemplo, el bien corporal puede ser fabricado conforme a un proceso patentado o mediante el ejercicio de derechos patentados; por ejemplo, en el caso de pantalones que lleven una marca comercial o de automóviles que contengan un "chip" al que esté incorporada una copia de programas informáticos sujetos a derechos de autor; o también en el caso de un disco compacto que pueda contener

[12] La expresión "derechos del licenciatario" es un concepto genérico cuya finalidad es abarcar la autorización dada al licenciatario de utilizar la propiedad intelectual sujeta a licencia y, tal vez, de otorgar otras licencias, así como el derecho a cobrar las regalías adeudadas por los sublicenciatarios en concepto de la licencia. Con esta expresión no se pretende abordar la cuestión del carácter jurídico de la licencia o de su contenido, lo cual entra en el ámbito del régimen de la propiedad intelectual.

un programa informático o de una bomba calorífica que pueda contener un producto patentado.

92. Cuando se utilice propiedad intelectual en relación con un bien corporal, hay que tener en cuenta dos tipos de bienes: uno de ellos es la propiedad intelectual, y el otro, el bien corporal. Ambos están separados. El régimen de la propiedad intelectual permite que el titular del derecho controle algunas de las aplicaciones del bien corporal, pero no todas. Por ejemplo, el régimen de la propiedad intelectual permite que el titular del derecho de autor impida la duplicación no autorizada de un libro, pero no puede impedir que una librería que compró legítimamente el libro lo venda ni que el usuario final del libro escriba notas al margen de su texto al leerlo. Como tal, una garantía real constituida sobre un derecho de propiedad intelectual no es extensible al bien corporal que lleve incorporado el derecho, y la garantía constituida sobre un bien corporal no es extensible al derecho de propiedad intelectual incorporado, salvo que en el acuerdo de garantía se estipule, explícita o implícitamente, otra cosa. En otras palabras, el alcance de la garantía real dependerá de la descripción que se dé del bien gravado en el acuerdo de garantía. A este respecto cabe preguntarse si la descripción del bien gravado deberá ser precisa (por ejemplo, "todas mis existencias con todo derecho de propiedad intelectual o de otra índole asociado a las mismas") o si bastará con una descripción genérica ("todas mis existencias"). Se diría que la descripción genérica se ajustaría a los principios enunciados en la Guía, así como a las expectativas razonables de las partes, conscientes de que hay dos tipos de bienes. Al mismo tiempo, deberá respetarse todo principio clave del régimen de la propiedad intelectual. Si dicho régimen exige una descripción específica de los derechos de propiedad intelectual gravados, los Estados promulgantes tal vez deseen revisar sus legislaciones sobre propiedad intelectual para prever, por ejemplo, si el requisito de una descripción precisa debe ser aplicable a la propiedad intelectual utilizada en relación con bienes corporales.

93. Como ya se ha señalado, una garantía real constituida sobre un bien corporal en relación con el cual se utilice un derecho de propiedad intelectual no se hace extensible a la propiedad intelectual utilizada en lo que respecta al bien corporal, pero sí es aplicable al bien corporal propiamente dicho, inclusive a las características del bien en que se utilice la propiedad intelectual (por ejemplo, la garantía real es aplicable a un aparato de televisión en su calidad de televisor que funciona). Así pues, una garantía real constituida sobre tal bien no confiere al acreedor garantizado el derecho a fabricar bienes adicionales utilizando la propiedad intelectual. No obstante, en caso de incumplimiento, el acreedor garantizado podría ejercitar las vías de recurso reconocidas en el régimen de las operaciones garantizadas, siempre y cuando el ejercicio de esos recursos no fuera en detrimento de los derechos reconocidos en el régimen de la propiedad intelectual. Puede darse el caso de que, en virtud del régimen de la propiedad intelectual pertinente, quepa aplicar a la ejecución de la garantía real el concepto de "agotamiento" (o conceptos similares) (véase A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, párrafos 81 a 84).

94. Cabe resumir las observaciones anteriores con una recomendación del siguiente tenor:

> "El régimen debería disponer que, a menos que el acuerdo de garantía especifique otra cosa, una garantía real constituida sobre un derecho de propiedad intelectual no será extensible a los bienes corporales respecto de los

cuales se utilice dicha propiedad intelectual, y que una garantía real sobre tales bienes corporales no será extensible a la propiedad intelectual. Sin embargo, nada de lo dispuesto en la presente recomendación limita la capacidad de un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre esa propiedad intelectual para hacer uso de los bienes corporales en la medida en que lo permita el régimen de la propiedad intelectual, ni limita la capacidad de un acreedor garantizado, que disponga de una garantía real sobre los bienes corporales, a hacer uso de tales bienes en la medida en que lo permita el régimen de la propiedad intelectual."

G. Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual futuros

95. La Guía prevé que los otorgantes pueden conceder garantías reales sobre bienes futuros, es decir, bienes creados o adquiridos por el otorgante tras la constitución de una garantía real (véase la recomendación 17). En principio, esta recomendación se aplica a la propiedad intelectual. En consecuencia, en virtud de la Guía podrían constituirse garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual futuros (sobre las limitaciones legislativas al respecto, véanse la recomendación 18 y los párrafos 96 a 99 *infra*). Este enfoque se justifica por la utilidad comercial que entraña el hecho de permitir que una garantía real se haga extensible a derechos de propiedad intelectual futuros. Muchos regímenes de la propiedad intelectual siguen el mismo criterio y permiten que los titulares de tales derechos obtengan financiación de utilidad para la elaboración de nuevas obras, naturalmente siempre que su valor pueda estimarse razonablemente por adelantado. Por ejemplo, en algunos Estados es posible constituir una garantía real sobre una solicitud de patente antes que se conceda la patente. Del mismo modo, existe la práctica común de financiar anticipadamente la producción de películas cinematográficas o de programas informáticos.

96. No obstante, en ciertos casos, el régimen de la propiedad intelectual puede limitar la transferibilidad de diversos tipos de derechos de propiedad intelectual futuros, con miras a lograr objetivos normativos concretos. Por ejemplo, en algunos casos una transferencia de derechos sobre nuevos medios de comunicación o sobre aplicaciones tecnológicas que se desconozcan en el momento de la transferencia puede no ser válida, habida cuenta de la necesidad de proteger a los autores. En otros casos, las transferencias de derechos futuros pueden estar sujetas a un derecho de origen legislativo en virtud del cual se pueda proceder a la cancelación una vez transcurrido un determinado período. En otros casos, el concepto de "propiedad intelectual futura" puede abarcar derechos susceptibles de inscripción registral ya creados, pero aún no inscritos. Las prohibiciones legislativas pueden también revestir la forma de un requisito de descripción precisa de la propiedad intelectual. Pueden ser también el resultado del principio *nemo dat*, conforme al cual el acreedor que obtenga una garantía real no se beneficiará de derechos mayores que los que tenga el otorgante. En particular, si el otorgante fuera un licenciatario, este no podría dar un derecho mayor al que le haya concedido el licenciante.

97. Otras limitaciones del empleo de los derechos de propiedad intelectual futuros como bienes gravables para la obtención de crédito financiero pueden dimanar del significado atribuido por el régimen de la propiedad intelectual a ciertos términos

como “mejoras” o “adaptaciones”. El acreedor garantizado deberá entender el sentido dado a estos conceptos en el régimen de la propiedad intelectual y su posible efecto sobre la “titularidad”, que es un factor determinante en la constitución de una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual. Dicha determinación tiene particular importancia en el caso de un programa informático, ya que la garantía del prestamista sobre el programa existente al otorgarse el crédito garantizado tal vez no sea extensible a las modificaciones introducidas con posterioridad en dicho programa si se determina que, conforme al régimen de la propiedad intelectual, esas modificaciones son conceptuables como obras nuevas (adaptaciones) para las que es preciso realizar una nueva transferencia. Cabe hacer consideraciones similares si en dichos programas se han incorporado patentes que están sujetas a “mejoras”. Al igual que con otras prohibiciones legislativas, la Guía no afecta a este tipo de prohibiciones (véase la recomendación 18).

98. Cuando el régimen de la propiedad intelectual limite la transferibilidad de derechos de propiedad intelectual futuros, la Guía no es aplicable. De no ser así, la Guía se aplica y permite la constitución de garantías reales sobre bienes futuros (véase la recomendación 17). Cuando el régimen de la propiedad intelectual prevé limitaciones de la transferibilidad de derechos de propiedad intelectual futuros, estas limitaciones suelen tener la finalidad de proteger al titular de tales derechos. También en este aspecto, los Estados que promulguen la Guía tal vez deseen revisar sus respectivos regímenes de la propiedad intelectual con miras a determinar si las ventajas de estas limitaciones son superiores a los beneficios que entraña la utilización de tales bienes como garantía para la obtención de crédito.

H. Limitaciones legislativas o contractuales de la transferibilidad de un derecho de propiedad intelectual

99. Puede ocurrir que determinadas normas del régimen de la propiedad intelectual limiten la posibilidad de constituir una garantía real eficaz sobre ciertos tipos de propiedad intelectual. En muchos Estados son únicamente transferibles los derechos económicos de un autor; en cambio, los derechos morales no lo son. Además, la legislación de muchos Estados dispone que el derecho de un autor a percibir una remuneración equitativa puede no ser transferible, al menos antes de que el autor haya realmente cobrado la suma pertinente. Además, en muchos Estados las marcas comerciales no son transferibles sin la correspondiente clientela. La Guía respeta todas estas limitaciones de la transferibilidad de derechos de propiedad intelectual (véase la recomendación 18).

100. Las únicas limitaciones de la transferibilidad de ciertos bienes a los que la Guía puede afectar son las limitaciones legales de la transferibilidad de créditos por cobrar futuros, de créditos cedidos globalmente, de fracciones de crédito y de derechos indivisos sobre créditos, así como las limitaciones contractuales de la cesión de créditos por cobrar nacidos de la venta o licencia de derechos de propiedad intelectual (véanse las recomendaciones 23 a 25). Además, la Guía puede afectar a las limitaciones contractuales, pero únicamente en lo que respecta a los créditos por cobrar (no a la propiedad intelectual) y solo en un determinado contexto, es decir, en un acuerdo celebrado entre el acreedor de un crédito por cobrar y el deudor de dicho crédito (véanse los párrafos 84 a 86 *supra*).

I. Financiación de adquisiciones y acuerdos de licencia

101. La Guía ha previsto que los mecanismos para la financiación garantizada de adquisiciones de bienes corporales (ventas con retención de la titularidad, arrendamientos financieros y préstamos del precio de compra) sean tratados como operaciones garantizadas y sugiere dos enfoques de tales operaciones (un enfoque unitario y un enfoque no unitario) entre los que los Estados podrán elegir para dar ese trato a tales mecanismos de garantía (véanse las recomendaciones 9 y 187 a 202).

102. Cabe considerar que un acuerdo de licencia posee ciertas características de este tipo de operación garantizada, dado que supone: a) la financiación del licenciatario por el licenciante en la medida en que las regalías sean abonables en el futuro y a plazos; b) la concesión al licenciatario de un permiso del licenciante para utilizar los derechos de propiedad intelectual con arreglo a lo estipulado en el acuerdo de licencia; y c) la retención por el licenciante de la titularidad de los derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, el acuerdo de licencia no constituye una operación garantizada. En un acuerdo de licencia, el licenciante retiene la titularidad del derecho licenciado y no pasa a ser un acreedor garantizado, y el licenciatario ni obtiene la titularidad del derecho licenciado ni dispone automáticamente del derecho a constituir una garantía real sobre su licencia o a otorgar a un tercero una sublicencia, salvo que se lo permita la licencia y el régimen de la propiedad intelectual. Por consiguiente, la Guía no es aplicable a los acuerdos de licencia, si bien regula la cuestión de si un licenciatario adquiere la licencia quedando sujeto a una garantía real o si la adquiere libre de todo gravamen (véase el capítulo relativo a la prelación en el documento A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1).

A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1 [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre el Anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 14º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
IV.	Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual	1-14
	A. La noción de la oponibilidad a terceros	1-4
	B. Oponibilidad a terceros de una garantía sobre propiedad intelectual no inscribible en un registro de la propiedad intelectual	5-11
	C. Oponibilidad a terceros de las garantías sobre propiedad intelectual no inscribible en un registro de la propiedad intelectual	12-14
V.	Sistema de inscripción registral	15-32
	A. Registro general de las garantías reales	15-16
	B. Registros destinados a ciertas categorías de propiedad intelectual	17-18
	C. Coordinación de registros	19-20
	D. Inscripción de avisos acerca de las garantías constituidas sobre derechos de propiedad intelectual futuros	21-23
	E. Inscripción o consulta en dos registros	24-25
	F. Fecha de validez de la inscripción	26-27
	G. Repercusión de la transferencia de un derecho de propiedad intelectual gravado sobre la validez de la inscripción	28-30
	H. Inscripción de las garantías sobre marcas comerciales	31-32
VI.	Prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual	33-61
	A. El orden de prelación	33
	B. Identificación de los reclamantes concurrentes	34-35
	C. Importancia del conocimiento que se tenga de una transferencia o gravamen anterior	36

D. Prelación de una garantía inscrita en un registro de la propiedad intelectual . . 37-40

E. Prelación de una garantía real no inscribible en un registro de la propiedad intelectual 41-42

F. Derechos reconocidos al cesionario de propiedad intelectual gravada. 43

G. Derechos de los licenciatarios en general 44-48

H. Derechos del licenciatario de una licencia concedida en el curso normal del negocio del licenciante 49-55

I. Prelación de una garantía otorgada por el licenciante frente a una garantía otorgada por un licenciatario 56-59

J. Prelación de una garantía sobre propiedad intelectual frente al derecho de un acreedor judicial 60

K. Subordinación 61

VII. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía constituida sobre propiedad intelectual. 62-63

A. Aplicación del principio de la autonomía contractual 62

B. Legitimación del acreedor garantizado para enjuiciar a un infractor del derecho gravado o para renovar su inscripción registral 63

VIII. Derechos y obligaciones de los terceros deudores en operaciones de financiación garantizadas por propiedad intelectual 64

IX. Ejecución de una garantía constituida sobre propiedad intelectual. 65-89

A. Intersección del régimen de las operaciones garantizadas con el régimen de la propiedad intelectual 65-68

B. Ejecución de la garantía según cuál sea la índole de la propiedad intelectual gravada. 69-70

C. Toma de “posesión” de la propiedad intelectual gravada 71-72

D. Disposición de la propiedad intelectual gravada 73-74

E. Derechos adquiridos a raíz de un acto de disposición de la propiedad intelectual gravada 75-77

F. Propuesta por el acreedor garantizado de aceptar la propiedad intelectual gravada en satisfacción de la deuda. 78

G. Cobro de regalías y otros derechos de licencia. 79

H. Otros derechos contractuales del licenciante 80

I. Ejecución de garantías constituidas sobre bienes corporales que lleven propiedad intelectual incorporada 81-84

J. Ejecución de una garantía constituida sobre los derechos de un licenciatario . . 85-89

X. Ley aplicable a una garantía sobre propiedad intelectual. 90-98
A. Ley aplicable en asuntos de propiedad intelectual 90-97
B. Ley aplicable en asuntos contractuales 98
XI. Las repercusiones de la insolvencia en una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual. . . . . .

IV. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: respecto de los párrafos 1 a 14, consúltese A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 137 a 145, y A/CN.9/649, párrafos 29 a 31*.]

A. La noción de la oponibilidad a terceros

1. Como ya se mencionó, la Guía distingue entre la constitución de una garantía real (exigibilidad de la garantía entre las partes) y su oponibilidad a terceros. Una garantía real solo pasará a ser oponible a terceros si se inscribe un aviso de la misma en un registro general de las garantías reales o en un registro especial, caso de que exista dicho registro y de que la garantía sea inscribible en el mismo (véase la recomendación 38). Cabrá hacer la inscripción antes o después de crearse la garantía o de concluirse el acuerdo de garantía (véase la recomendación 67), pero la garantía solo será oponible a terceros una vez creada (véase la recomendación 29).

2. Dichas recomendaciones se aplican igualmente a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual. Ahora bien, a tenor del apartado b), de la recomendación 4, si el régimen de la propiedad intelectual de un Estado prescribe que las garantías sobre ciertos tipos de propiedad intelectual solo serán oponibles a terceros a raíz de su inscripción en el correspondiente registro de la propiedad intelectual, las recomendaciones de la Guía dan la razón en este punto al régimen de la propiedad intelectual. Si dicho régimen exige que, en lugar de un aviso, se ha de inscribir un documento con efectos constitutivos o declaratorios, y no meramente de oponibilidad a terceros, la Guía dará también la razón a dicho régimen. Pero, si la inscripción en un registro de la propiedad intelectual no dota a la garantía inscrita de oponibilidad a terceros, dicho registro no será tenido por registro especial por lo que no le serán aplicables las recomendaciones de la Guía a dicho respecto. La Guía será, por lo demás, aplicable en todo supuesto en el que el régimen de la propiedad intelectual no se ocupe de estos asuntos. Todo Estado que desee incorporar a su derecho interno el régimen recomendado en la Guía puede tener interés en revisar su régimen de la propiedad intelectual con miras a disponer que, en la medida en que un derecho de propiedad intelectual sea inscribible en un registro de la propiedad intelectual, toda garantía real constituida sobre dicho derecho lo será igualmente (en

cuanto a los requisitos y los efectos jurídicos de la inscripción, véase más adelante el capítulo relativo al régimen registral).

3. En algunos Estados, la constitución y la ejecución de una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual se rige por reglas idénticas a las aplicables a las garantías constituidas sobre otras categorías de bienes inmateriales mientras que en otros Estados el régimen de la propiedad intelectual ha previsto reglas especiales a dicho respecto que serán aplicables cuando el bien gravado sea un derecho de propiedad intelectual. Ahora bien, es muy frecuente que el régimen de la propiedad intelectual haya previsto métodos especiales para hacer oponibles a terceros las garantías constituidas sobre ciertas categorías de propiedad intelectual. La práctica aplicable difiere según que el derecho de propiedad intelectual sea inscribible en un registro especial (por ejemplo, las patentes, marcas comerciales y, en algunos países, los derechos de autor), o no lo sea (por ejemplo, los derechos de autor, en algunos países, y los secretos comerciales). Estas cuestiones se abordarán más adelante en las secciones B y C del presente capítulo.

4. La Guía utiliza la fórmula "oponible a terceros" para indicar que la garantía constituida sobre cierto bien será oponible a toda persona, que no sea ni el otorgante de la garantía ni el acreedor garantizado, que tenga, o pase a tener en el futuro, algún derecho reclamable sobre dicho bien. Los acreedores del otorgante así como todo cesionario, arrendatario o licenciatario del bien gravado son conceptuables como terceros interesados. En el régimen de la propiedad intelectual sucede, en cambio, que la oponibilidad a terceros de un derecho puede referirse no solo a la oponibilidad de una garantía constituida sobre un derecho de propiedad intelectual sino también a la oponibilidad del derecho de propiedad originario o del derecho transferido o licenciado a otra persona. Por ello, en el contexto de la propiedad intelectual, el término "terceros" puede referirse no solo al reclamante concurrente de un acreedor garantizado sino también al cesionario y al licenciatario de la propiedad intelectual concurrentes entre sí, así como al infractor eventual de un derecho de propiedad intelectual (que no será, claro está, ni reclamante concurrente -término no utilizado en el régimen de la propiedad intelectual- ni cesionario concurrente). Estas dos acepciones del término oponibilidad no deben ser confundidas. Mientras que la oponibilidad de una garantía real frente a todo reclamante concurrente del acreedor garantizado es objeto del régimen de las operaciones garantizadas, la oponibilidad de un derecho de propiedad intelectual frente a todo cesionario, licenciatario o infractor de ese derecho (sin que intervenga garantía real alguna) será únicamente objeto del régimen de la propiedad intelectual. La Guía no se ocupa del significado del término "terceros" en el régimen de la propiedad intelectual.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez no considere oportuno hablar de infractores en el presente contexto. Tanto el término "reclamante concurrente" en el régimen de las operaciones garantizadas como el término "cesionario concurrente" en el régimen de la propiedad intelectual presuponen una operación legítima. El infractor de un derecho será, por definición, un tercero no autorizado o sin legitimidad alguna. Conforme a sus objetivos, ni la Guía ni su Anexo introducen cambio alguno a este respecto.*]

B. Oponibilidad a terceros de una garantía sobre propiedad intelectual no inscribible en un registro de la propiedad intelectual

5. Con arreglo a la Guía, toda garantía u otro gravamen constituido sobre propiedad intelectual que, a tenor del régimen de la propiedad intelectual, sea inscribible en un registro de la propiedad intelectual que dote a los derechos inscritos de oponibilidad a terceros, podrá hacerse oponible a terceros mediante inscripción en dicho registro o en el registro general de las garantías reales (véase la recomendación 38).

6. La situación tal vez sea distinta con arreglo al régimen de la propiedad intelectual. En algunos países, la garantía real no será oponible a terceros, y en algunos de ellos ni siquiera será exigible entre las partes (es decir, no habrá nacido), salvo que esté inscrita en el registro de la propiedad intelectual pertinente. El régimen de la propiedad intelectual de otros Estados dispone, en cambio, que la garantía real nace y será oponible a terceros al concluirse el acuerdo de garantía, sin necesidad alguna de inscripción. El requisito de inscripción en el registro de la propiedad intelectual puede dar pie a un tercero, por ejemplo, un cesionario de buena fe de un derecho gravado, para invocar la prelación de su derecho inscrito sobre toda garantía anterior no inscrita, aun cuando dicha garantía siga siendo oponible a otros terceros. En otros Estados, la garantía real nace al concluirse el acuerdo de garantía, pero su inscripción en el registro de la propiedad intelectual pertinente puede ser necesaria para que la garantía sea oponible a terceros, si es que, por ejemplo, la norma procesal aplicable solo reconoce la inscripción como prueba de la garantía. En algunos otros Estados, no está prevista la inscripción de las garantías reales en un registro de la propiedad intelectual, lo que obligará a buscar alguna otra vía para hacerlas oponibles. Por último, en algunos Estados, cabrá conseguir la oponibilidad a terceros de una garantía real mediante su inscripción tanto en un registro de la propiedad intelectual como en el registro general de las garantías reales, si es que existe.

7. En todo caso, la Guía no recomienda que se adopte una regla que requiera la inscripción de la garantía tanto en el registro de la propiedad intelectual pertinente como en el registro general de las garantías reales. Con arreglo a las recomendaciones de la Guía bastará con inscribir la garantía en el registro general de las garantías reales o, si la garantía es inscribible en un registro de la propiedad intelectual, bastará con inscribirla en dicho registro. La Guía se ocupa de la diversa eficacia de la inscripción en uno u otro registro mediante una regla que da prelación a la garantía o a todo otro derecho inscrito en un registro de la propiedad intelectual (véanse las recomendaciones 77 y 78). La Guía parte del supuesto de que, si un acreedor garantizado prevé que se presentarán reclamantes concurrentes (en el sentido dado a este término por la Guía) y estima necesario asegurar su prelación, dicho acreedor inscribirá su garantía en el registro de la propiedad intelectual. De no existir dicho registro o de no admitir dicho registro la inscripción de una garantía real, así como en todo supuesto en el que la prelación del acreedor garantizado no esté en entredicho, la Guía parte del supuesto de que el acreedor garantizado inscribirá su garantía en el registro general de las garantías reales.

8. Con arreglo a la Guía, sucedería, por ejemplo, que si A otorga a B una garantía constituida sobre una patente y B inscribe su garantía en el registro general de las

garantías reales, y si A transfiere a continuación la titularidad de la patente ya gravada a C que la inscribe en el registro de patentes (caso de exigirlo el régimen legal de las patentes), C habría adquirido su patente libre de todo gravamen, dado que la garantía real no estaba inscrita en el registro de patentes (véase la recomendación 78). Sucedería también que si A, en vez de transferir su patente, constituye una segunda garantía sobre ella a favor de C y C es el único en efectuar la inscripción de su garantía en el registro de patentes (de estar así previsto en el derecho de patentes), con arreglo a la Guía, la garantía de C gozaría de prelación (véase la recomendación 77, apartado a)). En uno y otro caso, dado que la inscripción en el registro de patentes dotará a la garantía de prelación, todo tercero que desee adquirir una garantía inscribible en el registro de patentes podrá consultar únicamente dicho registro, sin que sea necesario consultar además el registro general de las garantías reales.

9. Si para determinar la prelación de la garantía que desee adquirir, un tercero ha de consultar los dos registros, dada la estructuración distinta de uno y otro registro, dicho tercero tendrá que consultar el registro general de las garantías reales por el nombre del otorgante de la garantía y el registro de patentes por el número identificador de la patente (salvo que alguno de los registros lleve dos índices, uno por el nombre de los otorgantes y otro por la descripción de los bienes gravados). De no llevar algún registro dos índices, solo cabría resolver esta dificultad conciliando el régimen de inscripción de los dos registros de tal modo que la inscripción de una garantía en el registro especial de la propiedad intelectual sea transmisible por vía electrónica al registro de las garantías reales de la ubicación del otorgante, donde dicha garantía sería indizada bajo el nombre u otro dato identificador del otorgante. Para que la transmisión sea posible, será preciso que el autor de la inscripción o el personal del registro de la propiedad intelectual inscriba un aviso que sea también inscribible en el registro general de las garantías reales.

10. La prelación reconocida a una garantía inscrita en el registro especial de la propiedad intelectual no significa que su inscripción en el registro general de las garantías reales carezca de todo interés, ya que esa inscripción seguirá dando prelación a la garantía inscrita sobre otros acreedores (por ejemplo, sobre el administrador de la insolvencia del otorgante y sobre todo acreedor ulteriormente inscrito en el registro general de las garantías reales). Además, las garantías sobre ciertas categorías de propiedad intelectual pudieran no ser inscribibles en un registro de la propiedad intelectual, por lo que serían únicamente inscribibles en el registro general de las garantías reales.

11. En los anteriores párrafos se parte del supuesto de que los dos registros están ubicados en el mismo Estado, pero de no ser así se suscitarán cuestiones relativas a la ley aplicable que se examinan más adelante (véase el capítulo X *infra*).

C. Oponibilidad a terceros de las garantías sobre propiedad intelectual no inscribible en un registro de la propiedad intelectual

12. Con arreglo a la Guía, una garantía constituida sobre propiedad intelectual que no sea inscribible en un registro de la propiedad intelectual podrá hacerse oponible a terceros por inscripción de un aviso en el registro general de las garantías reales. La misma regla sería aplicable en supuestos en los que una garantía sobre propiedad

intelectual inscribible en un registro de la propiedad intelectual no haya sido inscrita en dicho registro o en supuestos en los que su inscripción no la haga oponible a terceros. En todos estos casos, bastará con inscribir un aviso en el registro general de las garantías reales para que la garantía inscrita sea oponible a terceros (véanse las recomendaciones 29, 32, 33 y 38). La Guía no recomienda a los Estados que no dispongan de un registro especial para ciertas categorías de propiedad intelectual que creen dicho registro a fin de poder inscribir las garantías constituidas sobre dichos derechos. Tampoco recomienda que aquellos Estados que no autoricen la inscripción de las garantías reales en su registro de la propiedad intelectual enmienden la normativa aplicable a fin de autorizar dicha inscripción. Cabe, claro está, que un Estado que decida aplicar las recomendaciones de la Guía desee autorizar la inscripción de las garantías reales en su registro o registros actuales de la propiedad intelectual.

13. Los Estados adoptan enfoques muy distintos en materia de inscripción registral en el marco de su régimen legal de la propiedad intelectual. En algunos Estados cuyo régimen de las operaciones garantizadas se inspira en la noción de la prenda no posesoria, la carencia de un registro general supondría que la garantía real no podrá hacerse oponible a terceros con arreglo a su régimen legal de las operaciones garantizadas, y dado que la prenda no constituye una transferencia del bien gravado, tampoco podrá ser inscrita en su registro de la propiedad intelectual. En otros Estados, principalmente aquellos en los que su régimen legal de las operaciones garantizadas se inspira en la noción de hipoteca, la garantía real será tratada como una variante más de la transferencia de "la titularidad" por lo que podrá hacerse oponible a terceros al igual que cualquier otra transferencia de la titularidad inscribible en su registro de la propiedad intelectual. Por ello, en esos mismos Estados toda garantía que no suponga transferencia de la titularidad no podrá ser inscrita en su registro de la propiedad intelectual. Por último, unos cuantos Estados imponen requisitos adicionales, consistentes habitualmente en el pago de un impuesto del timbre u otros derechos cobrados por el Estado, o la obligación de notificar la operación a algún órgano administrativo, como pudiera ser la sociedad nacional de autores o la sociedad recaudatoria del país.

14. En todo supuesto en el que el régimen de la propiedad intelectual no autorice la inscripción de las garantías reales en su registro de la propiedad intelectual, el régimen recomendado por la Guía autoriza la inscripción de un aviso de dichas garantías en el registro general de las garantías reales (véase la recomendación 38). Ahora bien, si con arreglo al régimen de la propiedad intelectual, la transferencia de propiedad intelectual para fines de garantía o la hipoteca o prenda constituida sobre propiedad intelectual es inscribible en el registro de la propiedad intelectual y si dicha inscripción goza de prelación, el acreedor garantizado deberá hacer valer por dicha vía su "garantía real" atípica haciéndola inscribir en el registro de la propiedad intelectual. De nuevo, todo Estado que se inspire en las recomendaciones de la Guía podrá optar por integrar su normativa legal de las operaciones garantizadas y de la propiedad intelectual, sustituyendo todos sus dispositivos actuales de garantía real por una única noción unitaria de las garantías reales.

V. Sistema de inscripción registral

[*Nota para el Grupo de Trabajo: respecto de los párrafos 15 a 31, consúltese A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 149 a 161, y A/CN.9/649, párrafos 32 a 40.*]

A. Registro general de las garantías reales

15. Conforme se observó, la Guía recomienda que se establezca un registro general de las garantías reales (véanse las recomendaciones 54 a 75). Por lo general, la Guía prevé que dicho registro facilite un método eficiente para hacer que una garantía real sobre bienes actuales o futuros sea oponible a terceros, así como una fuente de consulta fiable para la determinación de la prelación basada en la fecha y hora de inscripción y para averiguar si los bienes ofrecidos en garantía por el otorgante están o no libres de gravamen. Con arreglo a este enfoque, se inscribirá un aviso, en vez del propio acuerdo de garantía u otro documento (véase la recomendación 54, apartado b)). Dicho aviso deberá facilitar únicamente los datos básicos de la garantía real inscrita (véase la recomendación 57).

16. La Guía ha previsto reglas precisas para la identificación del otorgante con independencia de si se trata de una persona individual o jurídica. Los avisos deben ir indizados a fin de poder ser consultados por el nombre o algún otro dato identificador fiable del otorgante (véanse las recomendaciones 54, apartado h), y 58 a 63). La Guía contiene otras recomendaciones destinadas a simplificar el funcionamiento y la consulta del registro.

B. Registros destinados a ciertas categorías de propiedad intelectual

17. Conforme se dijo anteriormente, muchos Estados llevan registros de la transferencia de derechos de propiedad intelectual. En algunos de esos registros se permite también la inscripción de las garantías reales constituidas sobre dichos derechos. Por ejemplo, la mayoría de los Estados llevan registros de patentes y de marcas comerciales, pero no todos ellos han previsto la inscripción en dichos registros de una garantía real. Además, en algunos Estados, la inscripción de un aviso de una garantía real o de algún otro derecho no hará que esa garantía o derecho sean oponibles a terceros. Por último, algunos Estados han previsto un registro similar para los derechos de autor, aun cuando esta práctica no es general.

18. Si bien el registro de la propiedad intelectual de algunos Estados se lleva mediante la inscripción de un mero aviso, la mayoría de ellos exige la inscripción del propio documento originario del derecho inscrito. En dichos registros se habrá de anotar el documento de transferencia completo o, en algunos casos, un memorando que describa las condiciones esenciales de la transferencia. Junto a los registros nacionales, funcionan ciertos registros de la propiedad intelectual internacionales que se rigen por tratados bastante recientes que simplifican el proceso de inscripción. Por ejemplo, los requisitos de inscripción de marcas comerciales fueron simplificados por el Tratado de Marcas Comerciales de 1994, en sus artículos 10 y 11, por el Tratado de Marcas Comerciales de Singapur, así como por los formularios modelo de inscripción internacional que llevan adjuntos. La razón por la que se exige la inscripción del documento completo o de un

memorando de la transferencia que contenga sus cláusulas esenciales es la necesidad de que haya transparencia en este campo. Por ello, es esencial que el documento o el memorando de la transferencia identifique el derecho transferido y su alcance preciso a fin de dar suficiente aviso a todo tercero que consulte el registro para negociar una utilización óptima del derecho inscrito. Los registros de la propiedad intelectual suelen estar indizados por el derecho intelectual inscrito y no por el dato identificador del otorgante (titular del derecho de propiedad intelectual). Esta práctica se debe a la necesidad de consultar el registro en función del propio derecho de propiedad intelectual inscrito, ya que dicho derecho puede tener dos o más coautores o coinventores o puede haber sido objeto de varias transferencias de la titularidad.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee pronunciarse sobre la procedencia de examinar más en detalle los registros internacionales de la propiedad intelectual y su utilidad para la inscripción de garantías constituidas sobre derechos de propiedad intelectual. Un mayor recurso a los registros internacionales de la propiedad intelectual facilitaría la adopción de un enfoque integrado en materia de inscripción registral de las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual, posibilitando consultas de alcance transnacional.*]

C. Coordinación de registros

19. Dado que la cuestión de la coordinación de registros puede incidir sobre el régimen de la propiedad intelectual aplicable, la Guía ha tratado de resolverla haciendo una remisión general al régimen de la propiedad intelectual y a las reglas de prelación aplicables. Por ello, la Guía no aborda en modo alguno la cuestión de si será posible la inscripción en un registro de la propiedad intelectual, ni los requisitos o efectos de dicha inscripción. Aun en supuestos en los que un registro de la propiedad intelectual no haya previsto la inscripción de una garantía real o no reconozca la oponibilidad a terceros de la garantía inscrita, la Guía se abstiene de recomendar nada que sea contrario a dichas prácticas. Ahora bien, la Guía sí formula recomendaciones concernientes a la inscripción de las garantías constituidas sobre derechos de propiedad intelectual en el registro general de las garantías reales. Ello significa que en la medida en que el régimen de la propiedad intelectual regule los efectos de la inscripción de una garantía real en un registro de la propiedad intelectual, la Guía hace remisión a dicho régimen (recomendación 4, apartado b)). Ahora bien, si el régimen de la propiedad intelectual no se ocupa de estas cuestiones, la Guía será aplicable. Además, conforme se ha dicho, la Guía ha previsto reglas de prelación apropiadas para la coordinación de registros. Por ello, aun cuando la Guía ha previsto la inscripción en el registro general de las garantías reales, a fin de no restar fiabilidad al registro de la propiedad intelectual (u otro registro especial), particularmente en supuestos en los que el régimen de la propiedad intelectual no regule la prelación entre las inscripciones en diversos registros, la Guía reconoce la prelación de una garantía real inscrita en el correspondiente registro de la propiedad intelectual sobre la garantía inscrita en el registro general de las garantías reales (véase la recomendación 77, apartado a)). Por dicho motivo, la Guía ha previsto que el cesionario de un derecho de propiedad intelectual lo adquirirá, en principio, libre de todo gravamen previamente creado,

salvo que se haya inscrito dicho gravamen en el registro de la propiedad intelectual (siempre que dicha inscripción sea posible con arreglo al régimen de la propiedad intelectual) (véanse las recomendaciones 78 y 79).

20. Los Estados que deseen aplicar lo recomendado en la Guía en su derecho interno tal vez deseen estudiar la mejor manera de coordinar su registro de la propiedad intelectual con el registro general de las garantías reales que vayan a introducir con arreglo a la Guía. Por ejemplo, tal vez se estime oportuno exigir que el registro de la propiedad intelectual transmita al registro general de las garantías reales un aviso de toda inscripción pertinente para este último registro (o viceversa). Claro está, la transmisión de dicho aviso se vería simplificada y agilizada si el funcionamiento de los registros está ya informatizado.

D. Inscripción de avisos acerca de las garantías constituidas sobre derechos de propiedad intelectual futuros

21. Un rasgo esencial del registro general de las garantías reales que se recomienda en la Guía es la posibilidad de inscribir garantías sobre los bienes futuros del otorgante. Ello significa que la garantía inscrita puede recaer sobre los bienes que el otorgante vaya a producir o adquirir ulteriormente (véase la recomendación 17). El aviso inscrito puede asimismo recaer sobre bienes identificados por una descripción genérica (véase la recomendación 66). Por ello, si la garantía está constituida sobre todas las existencias actuales o futuras, dicha descripción bastará para identificar en el aviso inscrito al bien así gravado. Dado que la prelación se rige por la fecha de inscripción, el prestamista mantiene así su prelación sobre las existencias futuras. Esta solución facilita la apertura de créditos renovables, dado que el prestamista, que renueva así su crédito, sabe que conservará su prelación anterior sobre las existencias renovadas del deudor que garanticen su crédito.

22. Ahora bien, la mayoría de los registros de propiedad intelectual no admiten la inscripción de garantías constituidas sobre bienes futuros. Dado que las transferencias de propiedad intelectual o las garantías sobre dicha propiedad van indizadas por el derecho de propiedad intelectual afectado, solo podrán ser inscritas una vez que dicho derecho haya sido inscrito en el registro de la propiedad intelectual. Ello significa que una inscripción de una garantía real sobre derechos futuros o aún inexistentes no sería válida, por lo que será necesario efectuar una nueva inscripción de la garantía cada vez que se adquiera un nuevo derecho que sea objeto de la garantía.

23. Si el régimen de la propiedad intelectual no permite adquirir, transferir o gravar derechos de propiedad intelectual no inscritos en el registro de la propiedad intelectual, la Guía no interfiere con dicha prohibición y no permite que se otorgue una garantía sobre dichos derechos futuros. Ahora bien, si el régimen de la propiedad intelectual no prohíbe la constitución de una garantía sobre derechos futuros, la Guía autoriza la constitución de dicha garantía y su oponibilidad a terceros. Tal vez proceda que todo Estado que desee inspirarse en las recomendaciones de la Guía reconsidere la conveniencia de permitir en su derecho interno la inscripción del aviso de una garantía constituida sobre derechos de propiedad intelectual futuros.

E. Inscripción o consulta en dos registros

24. Como ya se indicó, la Guía hace remisión al régimen de la propiedad intelectual en todo lo concerniente a la inscripción de una garantía real en un registro de la propiedad intelectual y reconoce expresamente que gozará de prelación, con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas, toda garantía inscrita en dicho registro. Con arreglo a la Guía no será necesario inscribir un aviso ni efectuar una búsqueda en más de un registro. Cabe asimismo que la inscripción en el registro general de las garantías reales sea únicamente necesaria y útil en el marco de las operaciones garantizadas: a) cuando el bien gravado sea un derecho de propiedad intelectual no inscribible con arreglo al régimen de la propiedad intelectual (por ejemplo, los derechos de autor o los secretos comerciales en numerosos Estados); b) cuando una garantía sobre un derecho de propiedad intelectual no sea inscribible en un registro de la propiedad intelectual; o c) cuando los demás acreedores garantizados hagan únicamente la inscripción en el registro general de las garantías reales. Por el contrario, será preferible hacer la inscripción en el registro pertinente de la propiedad intelectual siempre que, por ejemplo: a) el bien gravado es inscribible en un registro especial que permite la inscripción de garantías reales oponibles a terceros (sería el caso, en muchos Estados, de las patentes o marcas comerciales); o b) cuando el acreedor garantizado sienta la necesidad de asegurar su prelación, con arreglo al régimen de la propiedad intelectual aplicable, frente a otros acreedores garantizados o cesionarios del derecho intelectual gravado.

25. Antes de concertar una operación garantizada, todo acreedor eventual que desee obrar con diligencia efectuará una búsqueda para averiguar si existe ya algún reclamante eventual concurrente que goce de prelación sobre la garantía ofrecida. Dicho acreedor comenzará por examinar la cadena de titularidad del bien gravable a fin de verificar la legitimidad del derecho del otorgante sobre la propiedad intelectual gravable a fin de que la garantía sea, llegado el caso, válida (pero este deber de diligencia es igualmente aplicable a todo otro bien mueble gravable). A diferencia de un registro de la propiedad intelectual, el registro general de las garantías reales no lleva un registro de la titularidad de los bienes gravados, por lo que la cadena de titularidad deberá ser investigada en el correspondiente registro de la propiedad intelectual, en el supuesto, claro está, de que la propiedad intelectual gravable sea inscribible en un registro. El acreedor eventual procederá, en dicho caso, a averiguar si algún titular anterior del derecho intelectual gravable ha constituido una garantía sobre dicho derecho que goce de prelación sobre la garantía que le sea ofrecida. Por último, el acreedor garantizado deberá cerciorarse de la prelación existente entre las inscripciones en uno y otro registro. En casos en los que la prelación dependa únicamente de la inscripción en el registro pertinente de la propiedad intelectual, conforme a lo previsto en la Guía, bastará con consultar dicho registro. De lo contrario (así como, si la garantía no es inscribible en dicho registro especial), el acreedor garantizado tal vez haya de consultar los dos registros.

F. Fecha de validez de la inscripción

26. Con arreglo al derecho de patentes y de marcas comerciales de muchos países, la prelación de una garantía u otro derecho inscrito será computable a partir de la fecha de solicitud de la inscripción (lo cual resulta ventajoso en todo supuesto en el que la inscripción lleve cierto tiempo). Con arreglo a la Guía, la inscripción del aviso de una garantía real será válida a partir del momento en que los datos del aviso queden anotados en el registro y esos datos estén a disposición de toda persona que lo consulte (véase la recomendación 70). De estar informatizado el registro, la inscripción de un aviso será válida a partir del momento de inscripción. Ahora bien, cuando el registro se lleva sobre papel, el aviso inscrito solamente será válido algo después de su inscripción.

27. Dado que la Guía otorga prelación a la garantía real inscrita en un registro especial cualquiera que sea la fecha de inscripción (véanse las recomendaciones 77 y 78), la diversidad de criterios aplicables para la determinación de la fecha de inscripción no debería causar problemas. Cuando la garantía constituida sobre una patente o marca comercial pase a ser oponible a terceros por inscripción en un registro especial con arreglo al derecho interno aplicable en materia de patentes o marcas comerciales, la garantía así inscrita gozará de prelación sobre toda garantía inscrita en el registro de las garantías reales, aun cuando su inscripción sea anterior.

G. Repercusión de la transferencia de un derecho de propiedad intelectual gravado sobre la validez de la inscripción

28. La Guía recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas se ocupe de las repercusiones que pueda tener la transferencia del bien gravado sobre la validez de la inscripción en el registro general de las garantías reales que se introduzca a raíz de la promulgación del nuevo régimen legal (véase la recomendación 65). El comentario de la recomendación 65 examina tres vías posibles para resolver esta cuestión. La primera consistiría en disponer que, al transferirse un bien gravado, el acreedor garantizado dispondrá de cierto plazo para hacer inscribir una enmienda por la que se identifique al cesionario como nuevo otorgante de la garantía. Si el acreedor garantizado no cumpliera este requisito, su garantía seguiría siendo en principio oponible a terceros. Ahora bien, dicha garantía quedaría supeditada al derecho o a la garantía de todo comprador o acreedor que adquiera su derecho o su garantía sobre el bien gravado con posterioridad a su transferencia, pero antes de haberse inscrito el aviso dando la identidad del nuevo otorgante. Una segunda vía para resolver esta cuestión sería la de prever cierto plazo de gracia para la inscripción de la enmienda contado a partir del momento en el que el acreedor garantizado se entere efectivamente de la transferencia del bien gravado efectuada por el otorgante. Una tercera vía consistiría en disponer que la transferencia del bien gravado no repercuta en modo alguno en la oponibilidad a terceros de una garantía debidamente inscrita.

29. De adoptarse la tercera vía, el acreedor garantizado inscrito no necesitará volver a inscribir aviso alguno acerca de su garantía real. Ahora bien, un cesionario ulterior del derecho gravado tal vez no consiga averiguar, mediante una consulta del registro de la propiedad intelectual, si algún titular anterior del derecho cedido, que no sea su transferente, constituyó o no una garantía sobre el derecho que vaya a ser

gravado en garantía. Por el contrario, si un Estado adoptara la segunda vía examinada, el acreedor garantizado se verá obligado a inscribir un nuevo aviso por el que se identifique al cesionario como nuevo otorgante. En dicho caso, el acreedor garantizado habría de asumir la carga de seguir la pista al bien gravado (carga que sería mayor o menor, según que el Estado promulgante opte por la primera o la segunda vía sugerida). Ahora bien, estas dos vías permitirían que un cesionario ulterior del derecho transferido se entere de toda garantía constituida sobre dicho derecho, aun cuando su otorgante sea un titular anterior al transferente inmediato en la cadena de titularidad del derecho transferido.

30. Esta cuestión puede ser importante para las garantías constituidas sobre propiedad intelectual cuando dicha propiedad vaya a ser transferida. Todo Estado promulgante deberá considerar las ventajas y desventajas de cada una de las soluciones propuestas, particularmente en el marco de cada categoría de propiedad intelectual. Por ejemplo, con arreglo al primer enfoque anteriormente mencionado, un acreedor garantizado que vaya a abrir un crédito respaldado por los derechos de autor completos de una película habría de inscribir sucesivamente a todo nuevo licenciatario o sublicenciatario de la película (siempre que la normativa aplicable en materia de derechos de autor conceptúe una licencia como una transferencia del derecho gravado inscribible en el registro) a fin de mantener su prelación frente a ellos y frente a sus acreedores garantizados. Ello supondría una carga gravosa para el prestamista que tal vez le disuada de otorgar crédito respaldado por dicho tipo de bienes. Por el contrario, dicha solución facilitaría la búsqueda por el prestamista eventual de un sublicenciatario de toda garantía anterior sobre el bien ofrecido en garantía, mediante una sola consulta del registro, por el nombre del sublicenciatario. La disyuntiva está en que en un caso se impone al acreedor garantizado inicial la tarea de seguir el rastro al bien gravado, haciendo inscribir cada transferencia sucesiva, y en el segundo se impone al acreedor ulterior la tarea de investigar la cadena entera de titularidad del bien ofrecido en garantía para averiguar si existe algún gravamen anterior sobre dicho bien. A este respecto, debe observarse que con arreglo al régimen de la propiedad intelectual una transferencia o una garantía real anterior conserva su prelación sobre toda transferencia o garantía ulterior sin que se haya de inscribir el nombre de todo cesionario ulterior del bien gravado.

H. Inscripción de las garantías sobre marcas comerciales

31. La Asociación Internacional de Marcas Comerciales ("INTA") emitió una serie de recomendaciones respecto de la inscripción registral de las garantías constituidas sobre marcas comerciales o de fabricación[1]. En particular, la INTA se pronunció a favor de que se buscara la uniformidad y se adoptaran las mejores prácticas en materia de métodos y técnicas de inscripción registral de las garantías constituidas sobre marcas comerciales o de fabricación, al reconocer que: los derechos de propiedad intelectual, así como las marcas comerciales y de servicio, constituyen un factor de creciente importancia en orden a la obtención de crédito financiero para fines comerciales; la falta de coherencia en la inscripción registral de las garantías sobre marcas comerciales es fuente de incertidumbre y constituye un riesgo para los derechos del propietario de la marca; muchos Estados carecen de medios adecuados

[1] Véase www.inta.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1517&Itemi.

de inscripción de marcas; y muchos otros aplican criterios divergentes y conflictivos para determinar cuáles son los datos inscribibles. La INTA dictaminó que toda iniciativa internacional en este campo, a cargo de organizaciones como la CNUDMI, pudiera reportar notables beneficios a la reglamentación de las prácticas seguidas en materia de inscripción registral y otros aspectos jurídicos de las garantías constituidas para fines financieros sobre marcas comerciales, particularmente en países en desarrollo.

32. Los principales rasgos de las mejores prácticas en este campo son los siguientes:

a) debería ser inscribible toda garantía constituida sobre una marca registrada o cuya inscripción esté ya solicitada;

b) para dar aviso de una garantía real, se recomienda su inscripción en la oficina nacional de marcas comerciales o en todo otro registro mercantil pertinente cuya consulta sea gratuita y a ser posible por medios electrónicos;

c) la constitución de una marca en garantía no debe dar lugar a la transferencia de la titularidad de la marca gravada ni conferir al acreedor garantizado un derecho a utilizarla;

d) todo acuerdo de garantía debería estipular que el acreedor garantizado estará facultado para adoptar toda medida que pueda ser necesaria, con arreglo al derecho interno, para mantener la inscripción registral de la marca;

e) la valoración de una marca para fines de garantía deberá hacerse por algún método fiable que sea admisible para el derecho interno, por lo que no se recomienda ningún método o técnica en particular;

f) la inscripción de una garantía en la oficina local de marcas comerciales debería bastar para perfeccionarla, al igual que su inscripción en todo otro lugar que sea admisible para el derecho interno, como pudiera ser un registro mercantil;

g) si el derecho interno aplicable exige que, para perfeccionar el gravamen, será preciso inscribirlo en algún otro lugar, además de la oficina local de marcas, deberá ser posible la doble inscripción requerida;

h) deben reducirse al mínimo los trámites exigibles y los derechos abonables por concepto de inscripción de una garantía, por lo que debería bastar para perfeccionarla presentar un documento fehaciente que indique: i) la existencia de la garantía, ii) las partes interesadas, iii) el número o la solicitud de inscripción de la marca gravada, iv) la índole de la garantía constituida, y v) su fecha de validez;

i) cualquiera que sea la vía ejecutoria prevista, el ejercicio de la garantía por venta a raíz de una sentencia, decisión administrativa u otro hecho determinante, debiera resultar sencillo;

j) la oficina de marcas competente deberá anotar sin demora toda sentencia o decisión administrativa revocatoria de los datos inscritos y adoptar toda otra medida administrativa que proceda; pero debería bastar con depositar una copia certificada conforme de la sentencia o decisión revocatoria;

k) de ser activable la ejecución de la garantía por algún hecho que no sea una decisión judicial o administrativa, el derecho interno debería prever alguna vía

sencilla para dejar constancia registral del hecho, cuya consulta sea gratuita y, a ser posible, realizable por vía electrónica;

l) de ser declarado en quiebra o de verse el propietario de la marca gravada imposibilitado por algún otro motivo para mantener la inscripción de la marca, y de no haberse estipulado nada al respecto, el titular de la garantía (o el síndico de la quiebra, si procede) debería estar facultado para mantener la inscripción de la marca, con tal de que ello no confiera al acreedor garantizado el derecho a utilizarla; y

m) la oficina o agencia pública competente deberá dejar, sin demora, constancia de todo documento por el que se libere al bien gravado, mediante una anotación cuya consulta, de ser posible, sea gratuita y accesible por vía electrónica.

VI. Prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: respecto de los párrafos 33 a 61, consúltese A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, párrafos 1 a 25, y A/CN.9/649, párrafos 41 a 56.*]

A. El orden de prelación

33. Con arreglo a la Guía, el orden de prelación será lo que determine cuál de los reclamantes concurrentes está legitimado para ser pagado primero a raíz de la venta de un bien gravado por incumplimiento del deudor. Con arreglo al régimen de la propiedad intelectual la prelación sirve, en cambio, para determinar la titularidad o validez de un derecho de propiedad intelectual. En muchos países, cuando el titular de un derecho de propiedad intelectual lo transfiere, dicho titular originario no podrá hacer una segunda transferencia de ese mismo derecho. De ser este el caso, no se planteará cuestión de prelación alguna en el sentido dado a este término por la Guía. Por consiguiente, la Guía no sería aplicable y este asunto quedaría al arbitrio del régimen de la propiedad intelectual. Con arreglo al régimen de la propiedad intelectual, no cabe crear una garantía sobre un derecho de propiedad intelectual sin estar legitimado para hacerlo. Por igual motivo, con arreglo a la Guía, un otorgante no podrá constituir un gravamen sobre determinado bien sin estar legitimado para hacerlo (véase la recomendación 13).

B. Identificación de los reclamantes concurrentes

34. Por “reclamante concurrente” debe entenderse, en el marco de la financiación garantizada, un acreedor garantizado (que, con arreglo a la Guía, pudiera ser también un cesionario a título de garantía), un cesionario del bien gravado, un acreedor judicial o el representante de la insolvencia del otorgante. En el marco de la propiedad intelectual, se habla a veces de “titular conflictivo” para designar a los titulares de derechos conflictivos (cesionarios o licenciatarios) concurrentes entre sí o incluso con algún infractor del derecho de propiedad intelectual disputado. Por ello, con arreglo al principio enunciado en el apartado b) de la recomendación 4, la Guía no sería aplicable a un conflicto entre cesionarios o licenciatarios del derecho disputado, salvo que algún cesionario haya adquirido su derecho de propiedad intelectual mediante cesión del mismo a título de garantía y el régimen de la

propiedad intelectual no haya previsto ninguna regla de prelación aplicable al punto en conflicto. Por igual razón, la Guía no será aplicable a un conflicto entre un cesionario del bien gravado que lo adquirió de un acreedor garantizado a raíz de una venta ejecutoria de su garantía y otro acreedor garantizado ulterior que obtuvo su garantía sobre dicho bien del mismo otorgante, ya que esta disputa no constituye un conflicto de prelación genuino con arreglo a la Guía (pero sí podría ser un conflicto regulado por el régimen de la propiedad intelectual).

35. Por el contrario, la Guía sería aplicable a conflictos de prelación como los siguientes: a) entre una garantía inscrita en el registro general de las garantías reales y una garantía inscrita en el registro pertinente de la propiedad intelectual (en el supuesto de que una garantía real sea inscribible en dicho registro); b) entre dos garantías inscritas en el registro pertinente de la propiedad intelectual (en el supuesto de que esas garantías sean inscribibles en dicho registro); c) entre el titular de un derecho transferido o licenciado y una garantía real sobre dicho derecho; y d) entre dos garantías inscritas en el registro general de las garantías reales.

C. Importancia del conocimiento que se tenga de una transferencia o gravamen anterior

36. Con arreglo a la Guía, el mero conocimiento de la existencia de un gravamen anteriormente constituido no será un factor determinante de la prelación (véase la recomendación 93). Por ejemplo, una garantía de un acreedor que tuviera conocimiento de dicho gravamen podrá no obstante gozar de prelación si el nuevo acreedor hace inscribir un aviso de su garantía (o si la hace oponible a terceros por algún otro medio), adelantándose al beneficiario de la garantía anterior. En cambio, muchos regímenes de la propiedad intelectual disponen que una transferencia ulterior o una garantía ulteriormente constituida solo gozará de prelación si su inscripción es anterior y se hizo sin conocimiento de una transferencia anterior conflictiva. La primacía reconocida en estos casos al régimen de la propiedad intelectual, en virtud del apartado b) de la recomendación 4, salvaguardaría la primacía de estas reglas de prelación para las que el conocimiento previo constituye un factor determinante de la prelación. Ahora bien, todo Estado que promulgue un régimen basado en la Guía debe considerar si procede retener estas reglas de prelación, basadas en el conocimiento previo, respecto de los conflictos de prelación entre una garantía real y el derecho de un reclamante concurrente (es decir, entre un acreedor garantizado y el cesionario del derecho gravado u otro reclamante).

D. Prelación de una garantía inscrita en un registro de la propiedad intelectual

37. La Guía recomienda que una garantía inscrita en un registro especial (particularmente en un registro de la propiedad intelectual, si dicho registro admite la inscripción de una garantía real) dote a dicha garantía de una prelación superior a la de una garantía inscrita en el registro general de las garantías reales, aun cuando su fecha de inscripción sea posterior (véanse las recomendaciones 77 y 78). Esta recomendación sería aplicable en toda garantía constituida sobre un derecho de propiedad intelectual.

38. Es decir, si existe un conflicto de prelación entre dos garantías reales, una de ellas inscrita en el registro general de las garantías reales y la otra en el registro pertinente de la propiedad intelectual, la Guía daría prelación a la garantía inscrita en el registro de la propiedad intelectual (véase la recomendación 77, apartado a)). Pero si las dos garantías están inscritas en el registro pertinente de la propiedad intelectual, gozará de prelación la primera que haya sido inscrita (véase la recomendación 77, apartado b)).

[*Nota para el Grupo de Trabajo: tal vez el Grupo de Trabajo desee reconsiderar si desea mantener la primacía reconocida al orden de prelación del registro de la propiedad intelectual en supuestos en que dicho orden favorezca el criterio del conocimiento previo sobre la regla basada en el orden de inscripción propugnada en la Guía en aras de una mayor transparencia del orden de prelación de las garantías reales. Se diría que de no haberse efectuado una inscripción en el registro de la propiedad intelectual, no se planteará ninguna cuestión que sea propiamente objeto del régimen de la propiedad intelectual, por lo que debería ser aplicable el orden de prelación previsto en la Guía.*]

39. En supuestos en los que, pese a ser inscribible en un registro de la propiedad intelectual, no se haya inscrito la garantía en dicho registro, serán aplicables las recomendaciones de la Guía a todo conflicto de prelación entre dicha garantía no inscrita y una garantía que se haya inscrito en el registro general de las garantías reales. Ahora bien, si el régimen de la propiedad intelectual dispone que dichas garantías no serán oponibles a un cesionario o licenciatario del derecho intelectual gravado que sí hayan inscrito el derecho que les haya sido transferido o licenciado en el registro de la propiedad intelectual, será aplicable el orden de prelación establecido por el registro de la propiedad intelectual.

40. De producirse un conflicto de prelación entre el derecho adquirido por el cesionario de la propiedad intelectual gravada y una garantía real que, al efectuarse la transferencia, estaba inscrita en el registro pertinente de la propiedad intelectual, el cesionario del derecho de propiedad intelectual lo adquiriría gravado por la garantía. Ahora bien, si el acreedor garantizado no ha inscrito su garantía en el registro pertinente de la propiedad intelectual, el cesionario adquirirá el derecho que le haya sido transferido libre de todo gravamen (véanse las recomendaciones 78 y 79). Por ello, si A constituye un gravamen sobre una patente a favor de B que hace inscribir su garantía en el registro general de las garantías reales, y A transfiere ulteriormente la titularidad de la patente a C, que la hace inscribir en el registro de patentes, con arreglo a la Guía, C adquirirá dicha patente libre de todo gravamen, dado que la garantía no había sido inscrita en el registro de patentes (véase la recomendación 78). Por ello mismo, si A, en lugar de transferir su derecho de propiedad intelectual constituye sobre dicho derecho un gravamen a favor de C, que es el único beneficiario de una garantía que la inscribe en el registro de patentes, con arreglo a la Guía, la garantía de C prevalecería (véase la recomendación 77, apartado a)). En uno y otro caso, al primar la inscripción en el registro de patentes, con arreglo a la Guía, todo tercero que haya consultado el registro de patentes no necesitará consultar el registro general de las garantías reales. En todos los ejemplos citados, el régimen de la propiedad intelectual es el que determina quién es el cesionario de un derecho de propiedad intelectual y los requisitos que han de cumplirse para la transferencia de dicho derecho. Debe también observarse que un registro de la propiedad intelectual solo inscribirá avisos de garantías constituidas

sobre propiedad intelectual. Dicho registro no inscribiría aviso alguno sobre una garantía constituida sobre un bien corporal que lleve incorporada de alguna forma propiedad intelectual.

E. Prelación de una garantía real no inscribible en un registro de la propiedad intelectual

41. De no ser inscribible la garantía constituida sobre un derecho de propiedad intelectual en el registro pertinente de la propiedad intelectual, la prelación de dicha garantía vendrá determinada, por lo general, por el orden de inscripción de un aviso al respecto en el registro general de las garantías reales (véanse las recomendaciones 4, apartado b), y 77). Ahora bien, de haber alguna regla de prelación contraria determinada por razones propias del régimen de la propiedad intelectual (y no por razones del régimen general de la propiedad en materia de obligaciones), dicha regla en contrario será la que prevalezca.

42. Todo cesionario o licenciatario subsiguiente de un derecho gravado lo adquirirá, en principio, sujeto a la garantía real (véase la recomendación 79). Ahora bien, si la propiedad intelectual fue transferida por el otorgante antes de constituir la garantía real, el acreedor garantizado no adquirirá garantía alguna al aplicarse la regla de que el primero será el que adquiere, basada en el principio del *nemo dat* que la Guía reconoce.

F. Derechos reconocidos al cesionario de propiedad intelectual gravada

43. Conforme se dijo anteriormente, con arreglo a la Guía, el cesionario de un bien gravado (aun cuando sea propiedad intelectual) adquiere habitualmente dicho bien sujeto a toda garantía que fuera oponible a terceros al efectuarse la transferencia (véase la recomendación 79). Se reconocen dos excepciones a esta regla. La primera se da cuando el acreedor garantizado haya autorizado la enajenación del bien gravado libre de todo gravamen (véase la recomendación 80, apartado a)). La segunda excepción se refiere a las transferencias efectuadas en el curso normal del negocio del transferente (véase la recomendación 81, apartado a)). Debe señalarse que, con arreglo a la Guía, una licencia de propiedad intelectual no constituye una transferencia de la misma. Por ello las reglas de la Guía aplicables a la cesión de bienes gravados no serán aplicables a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual que haya sido ulteriormente licenciada. En todo caso, dada la primacía reconocida al régimen de la propiedad intelectual por el apartado b) de la recomendación 4, la Guía no altera la tipificación conceptual de una licencia (particularmente de una licencia exclusiva) por el régimen de la propiedad intelectual.

G. Derechos de los licenciatarios en general

44. La propiedad intelectual suele ser objeto de licencia y es frecuente que el licenciante constituya gravámenes para obtener crédito financiero garantizado con los derechos que retiene sobre la propiedad licenciada, como pudiera ser la

titularidad o el cobro de las regalías, así como la autorización dada al licenciatario a utilizar la propiedad intelectual licenciada.

45. Si el titular de la propiedad intelectual constituye un gravamen sobre ella que luego hace oponible a terceros y licencia ulteriormente la propiedad intelectual así gravada, el licenciatario adquirirá, en principio, su licencia sujeta al gravamen constituido por el licenciante (véase la recomendación 79). Ello significa que, si el licenciante incumple la obligación garantizada y si el prestamista hace valer su garantía sobre las regalías abonables al licenciante por el licenciatario, el prestamista podrá cobrar dichas regalías directamente del licenciatario (véase la recomendación 168), dado que el cobro de dichas regalías sería conceptuado como un simple crédito por cobrar del otorgante de la garantía. Además, a falta de toda estipulación en contrario o de la aplicación de la excepción invocable en favor de las licencias concedidas en el curso normal de un negocio, el acreedor garantizado del licenciante estaría habitualmente legitimado, con arreglo al régimen de la propiedad intelectual, a cancelar la licencia.

46. Si el licenciatario grava a su vez la licencia por él adquirida, dicho gravamen estaría constituido sobre un bien distinto (el derecho de uso otorgado al licenciatario por el acuerdo de licencia) y dicho gravamen estaría, de hecho, supeditado a la garantía constituida por el licenciante sobre la titularidad del derecho licenciado, dado que el licenciatario adquirió su licencia sujeta al gravamen del derecho licenciado (véase la recomendación 79) y el licenciatario no puede otorgar a su acreedor garantizado un derecho superior al suyo (principio del *nemo dat*). Por ello mismo el prestamista del licenciante que haga valer su garantía sobre el propio derecho de propiedad intelectual licenciado podrá hacer vender dicho derecho libre de dicha licencia. Ello supondría que la licencia quedaría cancelada al hacerse valer la garantía y el acreedor garantizado del licenciatario habría perdido su garantía. Por ello mismo, con independencia de si el licenciante constituye o no una garantía sobre la propiedad licenciada, si el licenciatario incumple el acuerdo de licencia, el licenciante podrá cancelar dicho acuerdo, lo que supondría que el acreedor con un gravamen sobre la licencia del licenciatario se quedaría sin su garantía.

47. Los derechos del licenciante y del licenciatario en virtud del acuerdo de licencia y del régimen aplicable de la propiedad intelectual no se verán afectados por el régimen de las operaciones garantizadas. Por ello, si el licenciatario incumple el acuerdo de licencia, el licenciante podrá cancelarlo y el acreedor garantizado del licenciatario se quedaría igualmente sin el objeto de su garantía. Por ello mismo, el régimen de las operaciones garantizadas no afectaría en nada a lo estipulado entre el licenciatario y el licenciante prohibiendo al licenciatario otorgar una sublicencia o hacer cesión del cobro de las regalías abonables al licenciatario por todo sublicenciatario eventual.

48. Cabe citar dos excepciones a la regla de que un licenciatario de propiedad intelectual gravada adquiere su licencia supeditada a toda garantía previamente constituida. La primera corresponde al supuesto de que el acreedor garantizado haya dado su consentimiento a la concesión de la licencia libre del gravamen previamente constituido sobre la propiedad licenciada (véase la recomendación 80, apartado b)). La segunda excepción corresponde al supuesto de las licencias no exclusivas de la propiedad intelectual gravada que el licenciante conceda en el curso normal de su negocio (véase la recomendación 81, apartado c), y párrafos 49 a 55 *infra*).

H. Derechos del licenciatario de una licencia concedida en el curso normal del negocio del licenciante

49. Con arreglo al apartado c) de la recomendación 81, el licenciatario de una licencia no exclusiva concedida en el curso normal del negocio del licenciante sin conocimiento de que dicha licencia se concedía en violación de una garantía previamente constituida, adquirirá dicha licencia libre de todo gravamen. El resultado de esta regla es que, si el acreedor garantizado hace valer su garantía frente al licenciante, el acreedor garantizado podrá cobrar las garantías abonables por el licenciatario pero no podrá cancelar la licencia en tanto que el licenciatario cumpla con lo estipulado en el acuerdo de licencia.

50. Esta regla sería únicamente aplicable si el beneficiario de la garantía se abstuvo de autorizar o prohibir explícitamente la concesión de una licencia por el licenciante. En otras palabras, un acuerdo contractual entre el acreedor garantizado y el licenciante que ni autorice ni prohíba que el titular/licenciante del derecho de propiedad intelectual otorgue una licencia, no será oponible a terceros. Si el beneficiario de la garantía autorizó la licencia, será aplicable lo dispuesto en el apartado b) de la recomendación 80. Si el beneficiario de la garantía prohibió la licencia, la Guía respeta la validez de dicha prohibición, por lo que el acreedor garantizado podrá cancelar la licencia. El régimen de la propiedad intelectual será el que determine cuándo el acreedor garantizado podrá invocar su garantía constituida sobre la propiedad intelectual para cancelar una licencia.

51. La fórmula “libre de todo gravamen” no significa que el licenciatario adquiere una licencia “exenta” de obligaciones. El licenciatario de una licencia no exclusiva podrá seguir utilizándola, aun después de que el acreedor garantizado haya ejercitado su garantía contra el licenciante, únicamente si dicho licenciatario cumple con todo lo estipulado en la licencia (abonando, por ejemplo, las regalías al adquirente del derecho del licenciante a raíz de la venta ejecutoria de la garantía). Seguirán estando vigentes todas las obligaciones del licenciatario, por lo que el sucesor del licenciante podrá cancelar la licencia por razón de todo incumplimiento del licenciatario.

52. Un acreedor garantizado, que no desee alentar al licenciante a conceder licencias no exclusivas, deberá estipular en el acuerdo de garantía (o en otro contrato) que el licenciante (deudor) inserte en todas sus licencias no exclusivas una cláusula a cuyo tenor la licencia quedará cancelada si el acreedor garantizado del licenciante hace valer su garantía. Por su parte, un licenciante, que no desee que su licenciatario conceda sublicencias, podrá incluir en el acuerdo de licencia una cláusula que disponga que la concesión de una sublicencia constituiría incumplimiento del acuerdo de licencia que daría derecho al licenciante a cancelar la licencia. Nada de lo dispuesto en la Guía restaría validez a dichas cláusulas entre el acreedor garantizado y el licenciante/deudor (o entre dicho licenciante y su licenciatario). Normalmente un acreedor garantizado no tendrá interés alguno en imponer dichas limitaciones, dado que el negocio del licenciante (y de todo licenciatario suyo) será habitualmente la concesión de licencias no exclusivas, por lo que el acreedor garantizado contará con el pago de las regalías abonables directa o indirectamente a su deudor (el licenciante) para que este pueda pagar la obligación garantizada.

53. La excepción prevista en el apartado c) de la recomendación 81 será únicamente aplicable si: a) el acreedor garantizado no autoriza, en su condición de beneficiario de la garantía, al licenciante-deudor a conceder licencias (de haberlo autorizado sería aplicable el apartado b) de la recomendación 80); y b) el acreedor garantizado no prohíbe, en su condición de beneficiario de la garantía, al deudor que conceda licencias no exclusivas (de haberlo prohibido, la licencia quedará cancelada al ejercitar su garantía el acreedor garantizado). En todo caso, un licenciatario nunca adquirirá la propiedad intelectual gravada exenta de la garantía real del acreedor garantizado del licenciante, salvo que dicho acreedor (el propio prestamista o su acreedor garantizado) haya autorizado la concesión de la licencia. Por ello, el hecho de que el apartado c) de la recomendación 81 prevea que en un caso bien delimitado el licenciatario retendrá sus derechos, no significa que legitima la concesión de una licencia no autorizada.

54. Los resultados serían bastante similares con arreglo al régimen de la propiedad intelectual. Lo habitual es que el acreedor garantizado faculte al licenciante, en el propio acuerdo de garantía, para conceder licencias. De no estipular el acuerdo de garantía nada al respecto, pero de estar previsto, con arreglo al régimen de la propiedad intelectual, que el licenciante, y no el acreedor garantizado, retenga la titularidad de la propiedad intelectual gravada, el licenciante estará normalmente autorizado para seguir concediendo licencias. Al ser esta práctica habitual, la concesión de licencias está normalmente autorizada. Por ello, con arreglo al orden de prelación habitual del régimen de la propiedad intelectual, un acreedor garantizado adquiere su garantía supeditada a toda licencia autorizada de la propiedad intelectual gravada. Ahora bien, en algunos casos el acreedor garantizado pasa a ser titular, con arreglo al régimen de la propiedad intelectual, de la propiedad intelectual gravada. En dicho caso, de concederse una licencia o sublicencia, sin la autorización del acreedor garantizado, dicha licencia o sublicencia constituiría una violación del derecho de propiedad intelectual gravado. La Guía no interfiere con este resultado.

55. A fin de reflejar lo dicho anteriormente, cabría complementar la regla del apartado c) de la recomendación 81 mediante una recomendación relativa a ciertos bienes que dijera:

> "El régimen debería disponer que la regla del apartado c) de la recomendación 81 será únicamente aplicable a una garantía constituida sobre propiedad intelectual en el supuesto de que: a) el acreedor garantizado, que sea titular del bien gravado con arreglo al régimen de la propiedad intelectual, no haya autorizado a su deudor para conceder licencias (en este caso será aplicable la regla del apartado b) de la recomendación 80); y b) el acreedor garantizado no haya prohibido que su deudor conceda licencias no exclusivas (pero si el acreedor garantizado ha emitido dicha prohibición, la licencia no exclusiva concedida en violación de dicha prohibición quedará cancelada al hacer valer el acreedor garantizado su garantía real)."

[*Nota para el Grupo de Trabajo*: *el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la siguiente variante del texto anteriormente propuesto*:

> *"El régimen debería disponer que la excepción prevista en el apartado c) de la recomendación 81 no será aplicable a las licencias de propiedad intelectual, por lo que la cuestión regulada en dicho apartado quedará al*

arbitrio de lo estipulado en el acuerdo de garantía. Si el acuerdo de garantía no ha previsto este caso, se presumirá que el acreedor garantizado ha autorizado la concesión de licencias, por lo que será aplicable la regla del apartado b) de la recomendación 80."

Debe recordarse que, en el marco de la propiedad intelectual, se dan muchos casos en los que se entiende que la propiedad intelectual explotada con arreglo a una licencia no exclusiva seguirá siendo objeto de una garantía real previamente constituida que seguirá gozando de prelación durante todo el plazo de validez de la licencia. Cabe citar a este respecto las licencias de proyección de una película, así como las licencias de patente, las franquicias de explotación y otros derechos similares. Estas licencias prevén, en muchos casos, el pago de regalías a lo largo de cierto plazo, por lo que la solvencia profesional y financiera del licenciatario es importante tanto para el licenciante como para el acreedor garantizado del licenciante. En dichos casos, será normal que el prestamista apruebe la licencia y desee que siga funcionando a raíz de la ejecución de su garantía, en cuyo caso la excepción prevista en el apartado c) de la recomendación 81 resulta innecesaria. Pero puede haber otros casos en los que el prestamista desee cancelar la licencia si el licenciante incumple su obligación, salvo que el licenciatario negocie con él un nuevo acuerdo, por lo que la excepción del apartado c) de la recomendación 81 frustraría las expectativas comerciales del acreedor garantizado y tal vez obstaculice la concesión de crédito en función de la propiedad intelectual así gravable.

Se dijo, por ello, que la noción de una operación efectuada en el "curso normal de un negocio" carecería de precedentes en el régimen de la propiedad intelectual, por lo que sería difícil distinguir una licencia concedida "en el curso normal de un negocio" de una licencia negociada individualmente. De hecho, como la licencia constituye la forma habitual de explotar comercialmente la propiedad intelectual, cabe decir que toda licencia se concede en el "curso normal del negocio". Pero cabe también decir que, dado que es habitual negociar por separado las condiciones de explotación de muchas de las licencias (licencias cinematográficas, franquicias), son muy pocas las licencias que, en realidad, se conceden en el "curso normal de un negocio". Muchas licencias suelen ser también de índole "mixta" en el sentido de que entrañan a la vez concesiones exclusivas y no exclusivas. Por ejemplo, es habitual que una licencia de patente sea concedida, a la vez, como licencia exclusiva para un cierto plazo o para determinadas aplicaciones y como licencia por lo demás no exclusiva. En materia de derechos de autor, lo habitual es licenciar algunos derechos en exclusiva (por ejemplo, derechos de distribución) y otros no (por ejemplo, derechos para material publicitario). Cabe, por ello, decir que la noción de "licencia concedida en el curso normal del negocio" no ofrece seguridad comercial en materia de propiedad intelectual, por lo que su empleo podría incluso desalentar las prácticas de financiación garantizada en esta esfera.

Cabe sugerir que el régimen actual de la propiedad intelectual ha resuelto ya adecuadamente esta cuestión, al dejarla al arbitrio de los interesados en su acuerdo de garantía. En algunos casos, el acreedor garantizado puede desear facilitar la concesión de licencias por el otorgante permitiéndole que conceda sus licencias, o al menos algunas de ellas, "libres" de todo gravamen. Puede también suceder que el acreedor garantizado exija que toda licencia que se conceda sea objeto de

aprobación previa. En ambos casos, la práctica comercialmente correcta será que el licenciatario determine previamente si su licencia está "libre" de todo gravamen (lo que significa que el ejercicio de una garantía real previa sobre la propiedad intelectual no obstaculizará el disfrute normal de su licencia) o "sujeta a" una garantía real previa (lo que significa que, en caso de ejercitarse la garantía, la licencia quedaría cancelada salvo renovación de la misma por el acreedor garantizado).]

I. Prelación de una garantía otorgada por el licenciante frente a una garantía otorgada por un licenciatario

56. Cuando un licenciante "financia" al licenciatario la adquisición de su licencia (en el sentido de que la licencia se sufragará mediante el pago periódico de las regalías), el derecho del licenciante al cobro de las regalías no se verá afectado por garantía real alguna que el licenciatario otorgue sobre las regalías que le sean, a su vez, abonables en virtud de un acuerdo de sublicencia. Cabe no obstante que el ejercicio de su garantía por el acreedor del licenciatario merme los recursos de que disponga el licenciatario para abonar las regalías debidas al licenciante, en la medida en que el acreedor garantizado del licenciatario intente cobrar él mismo las regalías abonables por la sublicencia. Ahora bien, el licenciante dispondrá de diversos medios para proteger su derecho en dicho supuesto.

57. El licenciante podrá protegerlo: a) prohibiendo a su licenciatario gravar o ceder las regalías que le sean abonables por concepto de sublicencia; o b) cancelando la licencia en todo supuesto en el que el licenciatario ceda el cobro de las regalías abonables por sus sublicenciatarios. La Guía reconocería la validez de toda cláusula contractual reconocida por el régimen de la propiedad intelectual o por el derecho general de las obligaciones.

58. Cabe también que el licenciante obtenga de su licenciatario una garantía real sobre toda regalía que le sea abonable por concepto de sublicencia. Ahora bien, la prelación de la garantía así constituida a favor del licenciante estaría sujeta al orden general de la prelación. Ello significa que un acreedor garantizado de A con una garantía sobre todos sus bienes actuales y futuros que haga inscribir un aviso de su garantía real el día 1 gozará de prelación sobre la garantía otorgada por B, aun cuando B sea el licenciante y A el licenciatario en un acuerdo de licencia concluido el día 2 y el acreedor garantizado B haga inscripción del aviso de su garantía el día 3.

59. En supuestos en los que el bien gravado es un bien corporal en cuya fabricación se hace uso de algún derecho de propiedad intelectual, cabe que un acreedor garantizado haya adquirido sobre dicho bien una garantía real del pago de su adquisición. Ahora bien, conforme se dijo (A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, párrs. 91 a 94), dicha garantía recae sobre el bien corporal y no sobre la propiedad intelectual que lleve incorporada. El derecho del acreedor garantizado por una garantía real del precio de adquisición del bien gravado para disponer de dicho bien (con la propiedad intelectual que lleve incorporada) se regirá por la norma aplicable a la ejecución de dicha garantía y, conforme se explica más adelante, estará supeditado al agotamiento del derecho de propiedad intelectual que lleve incorporado el bien gravado o a la autorización dada por el acreedor garantizado del

titular del derecho de propiedad intelectual para disponer del bien gravado en su estado actual (véanse los párrafos 81 a 84 *infra*).

J. Prelación de una garantía sobre propiedad intelectual frente al derecho de un acreedor judicial

60. Con arreglo a la Guía, una garantía que se hizo oponible a terceros, antes de que un acreedor judicial adquiriera su derecho sobre el bien gravado, gozará de prelación frente al crédito judicial. Ahora bien, si un acreedor ordinario obtuvo una sentencia contra el otorgante de la garantía y adoptó las medidas necesarias, con arreglo a la ley procesal del foro, para hacer valer su derecho judicial ejecutorio sobre el bien gravado antes de que la garantía se hiciera oponible a terceros, dicho acreedor judicial gozará de prelación (véase la recomendación 84). Esta recomendación será igualmente aplicable a las garantías sobre propiedad intelectual. Ahora bien, con arreglo al régimen de la propiedad intelectual, el acreedor judicial deberá obtener una transferencia de la propiedad intelectual afectada que tal vez haya de inscribirse en el registro de la propiedad intelectual. Si esta transferencia se efectúa antes de hacerse oponible la garantía a terceros, el cesionario por decisión judicial de la propiedad intelectual gravada la adquirirá libre de todo gravamen con arreglo tanto al régimen recomendado en la Guía como al régimen de la propiedad intelectual (véase la recomendación 79).

K. Subordinación

61. La Guía reconoce el principio de la subordinación (véase la recomendación 94). Este principio será igualmente aplicable a las garantías sobre propiedad intelectual. Con arreglo a este principio, con tal de que los derechos de terceros no se vean afectados, los reclamantes concurrentes pueden modificar por acuerdo entre ellos la prelación entre sus créditos concurrentes sobre el bien gravado. La importancia de este principio para la propiedad intelectual dimana de la divisibilidad, en cuanto a su aplicación temporal o espacial, de los derechos del titular, licenciante o licenciatario de la propiedad intelectual.

VII. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía constituida sobre propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo*: *respecto de los párrafos 62 y 63, consúltese A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, párrafos 26 a 30, y A/CN.9/649, párrafos 57 a 59.*]

A. Aplicación del principio de la autonomía contractual

62. Con escasas excepciones, la Guía suele reconocer la autonomía de las partes en un acuerdo de garantía para modelarlo conforme a sus necesidades (véase la recomendación 10). El principio de la autonomía contractual se aplica por igual a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual, a reserva de toda limitación expresamente prevista en el régimen de la propiedad intelectual. Por ejemplo, cuando la propiedad intelectual en cuanto tal esté gravada, el acreedor garantizado

tal vez no esté legitimado para llevar al infractor del derecho gravado ante los tribunales si el régimen de la propiedad intelectual dispone que tan solo su titular podrá ejercitar, transferir o gravar dicho derecho.

B. Legitimación del acreedor garantizado para enjuiciar a un infractor del derecho gravado o para renovar su inscripción registral

63. Con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas, el acreedor garantizado debería poder convenir con el titular del derecho gravado en que este le faculte para enjuiciar a todo infractor del derecho gravado y para renovar su inscripción, con tal de que ello esté permitido por el régimen de la propiedad intelectual. De lo contrario, el bien gravado podría perder su valor dado en garantía, si su titular no ejercita oportunamente los remedios previstos, lo que restaría fiabilidad a la propiedad intelectual como garantía del crédito financiero que se fuera a negociar. Este criterio no privaría de sus derechos al titular de la propiedad intelectual gravada, ya que sería preciso su consentimiento. Tampoco interferiría con el régimen de la propiedad intelectual, que prevalecería siempre que dicho régimen proscriba ese tipo de acuerdos. Tal vez proceda que todo Estado que promulgue las recomendaciones de la Guía examine si su régimen de la propiedad intelectual debe permitir dichos acuerdos, ya que ello facilitaría la utilización de la propiedad intelectual como garantía del crédito financiero que se fuera a negociar.

[*Nota para el Grupo de Trabajo*: *el Grupo de Trabajo tal vez desee considerar las siguientes recomendaciones concernientes a la propiedad intelectual:*

"*El régimen debería disponer que*[, *de no estar prohibido por el régimen de la propiedad intelectual,*] *el otorgante y el acreedor garantizado podrán estipular quién estará legitimado para enjuiciar a todo infractor de la propiedad intelectual gravada o para renovar su inscripción.*

El régimen debería disponer que[, *de no estar prohibido por el régimen de la propiedad intelectual,*] *el acreedor garantizado debería estar legitimado para enjuiciar a todo infractor de la propiedad intelectual gravada y para renovar su inscripción, siempre que el titular de la misma no actúe con la oportunidad debida al respecto.*"

El Grupo de Trabajo tal vez estime que el texto anterior entre corchetes no es necesario dado que: a) el apartado b) de la recomendación 4 reconoce la primacía del régimen de la propiedad intelectual en todo asunto en el que el régimen recomendado por la Guía sea incompatible con dicho régimen; y b) la recomendación 18 reconoce asimismo la primacía de toda limitación legal de la transferibilidad de ciertas categorías de bienes.]

VIII. Derechos y obligaciones de los terceros deudores en operaciones de financiación garantizadas por propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: respecto del párrafo 64, consúltese A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, párrafo 32, y A/CN.9/649, párrafo 60.*]

64. Cuando un licenciante hace una cesión en garantía de su crédito frente al licenciatario para el cobro de las regalías debidas en virtud de un acuerdo de licencia, el licenciatario (en su condición de deudor del crédito por cobrar cedido) sería un tercero deudor y sus derechos y obligaciones serían los de un deudor de un crédito por cobrar, con arreglo a la Guía. De modo similar, cuando un licenciatario hace cesión de su derecho al cobro de las regalías abonables por un sublicenciatario, el sublicenciatario pasa a ser un tercero deudor con arreglo a la Guía.

IX. Ejecución de una garantía constituida sobre propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: respecto de los párrafos 65 a 89, consúltese A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, párrafos 35 a 44, y A/CN.9/649, párrafos 61 a 73.*]

A. Intersección del régimen de las operaciones garantizadas con el régimen de la propiedad intelectual

65. El régimen de la propiedad intelectual del derecho interno no suele haber previsto ninguna vía especial para la ejecución de las garantías constituidas sobre propiedad intelectual. Cabe suponer que el régimen general de las operaciones garantizadas de la ley del foro será aplicable a la ejecución de las garantías constituidas sobre propiedad intelectual. Además, en la medida en que el régimen de la propiedad intelectual de algunos países se ocupa de la ejecución de las garantías constituidas sobre diversas categorías de propiedad intelectual, lo habitual suele ser que dicho régimen haga remisión a la vía ejecutoria prevista por el régimen de las operaciones garantizadas. Por ello, todo Estado que promulgue las recomendaciones de la Guía se limitará, por lo general, a sustituir la vía ejecutoria prevista en su código procesal o ley general o especial aplicable de enjuiciamiento civil por la vía ejecutoria recomendada en la Guía.

66. La vía ejecutoria recomendada para las garantías reales será aplicable no solo a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual (por ejemplo, sobre una patente, un derecho de autor o una marca comercial), sino también a otros derechos dimanantes de dicha propiedad. Por ello, conforme a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, las regalías y derechos abonables por concepto de licencia son conceptuados como créditos por cobrar, por lo que les será aplicable la vía ejecutoria recomendada por la Guía para los créditos por cobrar. De igual modo, todo otro derecho contractual de un licenciante o sublicenciante frente a un licenciatario o sublicenciatario se regirá igualmente por el derecho general de las obligaciones de la ley del foro, y la ejecución de las garantías constituidas sobre dichos derechos contractuales se regirá por el régimen general de

las operaciones garantizadas de la ley del foro. Por igual motivo, el derecho de uso de un licenciatario o sublicenciatario se regirá, al igual que el derecho de uso de un arrendatario o comprador, por el derecho general de las obligaciones de la ley del foro, salvo en lo concerniente a su inscripción registral, si es que el régimen de la propiedad intelectual de la ley del foro ha prescrito algo al respecto.

67. Sucederá a veces que un Estado desee establecer algún control especial de índole procesal sobre la ejecución de las garantías constituidas sobre propiedad intelectual, incorporándolo a la normativa legal aplicable en materia de patentes, marcas comerciales y derechos de autor. Además, cabe haber previsto en la normativa procesal general del régimen de las operaciones garantizadas alguna vía especial para la ejecución de las garantías constituidas sobre propiedad intelectual. Por ello, la determinación de lo que sea comercialmente razonable al proceder a la ejecución en garantía de un derecho de propiedad intelectual puede depender del régimen legal y de la práctica comercial aplicable a la propiedad intelectual. Dicha norma de lo comercialmente razonable variará de un país a otro y de un régimen de la propiedad intelectual a otro. La Guía reconoce esta especificidad procesal, por lo que en la medida en que el régimen de la propiedad intelectual imponga requisitos procesales más severos que los previstos en las recomendaciones de la Guía, dichos requisitos primarán, con arreglo al apartado b) de la recomendación 4, sobre los previstos en las recomendaciones de la Guía. Claro está que si los requisitos y reglas procesales especiales forman parte del derecho interno general de un Estado, dicha normativa general será desplazada por la vía ejecutoria prevista en las recomendaciones de la Guía en todo Estado que promulgue dichas recomendaciones.

68. En cuanto a la legitimación sustantiva de un acreedor garantizado para hacer valer su garantía recurriendo a la vía ejecutoria, cuando un Estado haya adoptado las recomendaciones al respecto de la Guía, no será preciso recurrir a principios ejecutorios distintos para hacer valer las garantías constituidas sobre propiedad intelectual. La Guía se limita a recomendar una vía ejecutoria más eficiente, transparente y eficaz para hacer valer la garantía del acreedor sin limitar en modo alguno los derechos ejercitables por el titular de la propiedad intelectual gravada para ampararla contra toda infracción o para cobrar las regalías abonables por un licenciatario o sublicenciatario. Conforme se indicó en la sección del presente Anexo relativa a la constitución de una garantía real (A/CN.9/WG.VI/WP.35, párr. 75), un acreedor jamás podrá hacer valer una garantía sobre un derecho que no sea del otorgante en el momento de procederse a la ejecución de la garantía.

B. Ejecución de la garantía según cuál sea la índole de la propiedad intelectual gravada

69. La Guía especifica el régimen aplicable a la ejecución de la garantía real según cuál sea la índole del bien gravado. La Guía parte del supuesto de que en la vía ejecutoria debe ser lo más eficaz y eficiente posible, sin dejar por ello de amparar conforme proceda los derechos del otorgante de la garantía y de todo tercero interesado. El enfoque adoptado por la Guía debe ser adaptable a la ejecución de las garantías constituidas sobre cada una de las diversas categorías de propiedad intelectual. Actualmente, el derecho interno de la mayoría de los Estados reconoce

una variada gama de derechos de propiedad intelectual, pudiéndose citar los siguientes:

a) el derecho de propiedad intelectual en cuanto tal;

b) los créditos por cobrar nacidos de un acuerdo de licencia;

c) otros derechos contractuales de un licenciante nacidos de un acuerdo de licencia;

d) los derechos del licenciatario nacidos de un acuerdo de licencia;

e) los derechos invocables por el titular, el licenciante y el licenciatario de la propiedad intelectual respecto de un bien corporal que la lleve de algún modo incorporada.

70. La vía ejecutoria recomendada por la Guía, respecto de cada categoría distinta de propiedad intelectual, será examinada por separado en las secciones siguientes.

C. Toma de "posesión" de la propiedad intelectual gravada

71. El derecho del acreedor garantizado a tomar posesión del bien gravado conforme a lo previsto en las recomendaciones 146 y 147 de la Guía no será normalmente aplicable cuando el bien gravado sea un bien inmaterial como pudiera ser la propiedad intelectual. Estas dos recomendaciones prevén únicamente la toma de posesión de un bien corporal. Ahora bien, a tenor del principio general de la vía ejecutoria extrajudicial, el acreedor garantizado debería estar legitimado para tomar posesión de cualquier documento que pueda ser necesario para hacer valer su garantía real cuando el bien gravado sea propiedad intelectual. Dicho derecho suele estar estipulado en el acuerdo de garantía. Si algún documento es tenido por bien accesorio de la propiedad intelectual gravada, el acreedor deberá poder hacerse con la posesión de dicho documento aun cuando no esté expresamente mencionado, como bien gravado, en el acuerdo de garantía.

72. Cabe pensar que, cuando un acreedor garantizado toma posesión de un bien corporal en cuya producción se utilice propiedad intelectual o que lleve inscrito un programa que sea objeto de propiedad intelectual, dicho acreedor garantizado está tomando posesión también de la propiedad intelectual utilizada o inscrita. Ahora bien, este no sería el caso, por lo que es importante delimitar adecuadamente el bien efectivamente gravado por la garantía. Aun cuando muchos bienes corporales, ya sean bienes de equipo o existencias comerciales, sean producidos mediante la aplicación de algún derecho intelectual, como pudiera ser una patente, la garantía del acreedor recae sobre el bien corporal y, salvo estipulación expresa al respecto en el acuerdo de garantía, no gravará en modo alguno la propiedad intelectual utilizada en la producción del bien gravado. Por ello, el acreedor garantizado podrá, por ejemplo, tomar posesión de un bien corporal como pudiera ser un disco con una grabación musical o audiovisual y podrá disponer de dicho disco conforme a lo previsto en las recomendaciones de la Guía. En todo supuesto en el que un acreedor garantizado desee obtener una garantía constituida sobre la propiedad intelectual en cuanto tal (si el otorgante de la garantía está legitimado para la venta o licencia de la propiedad intelectual que se desee gravar, sobre el derecho a venderla o licenciarla),

el acuerdo de garantía que se concierte deberá mencionar expresamente la propiedad intelectual que se desee gravar.

D. Disposición de la propiedad intelectual gravada

73. Con arreglo a la Guía, un acreedor garantizado estará legitimado, a raíz de un incumplimiento del otorgante, para disponer, o para conceder una licencia, de la propiedad intelectual gravada, pero sin excederse del alcance de los derechos que tenga el otorgante de la garantía sobre dicha propiedad intelectual. A resultas de ello, si el otorgante goza de la titularidad del derecho gravado, el acreedor garantizado debería, en principio, estar legitimado para cederlo o para licenciarlo. Ahora bien, si el otorgante había concedido a un tercero una licencia exclusiva anterior a la garantía real, de incurrir el otorgante en incumplimiento, el acreedor garantizado no podrá conceder otra licencia, dado que el otorgante estaba ya impedido, por su acuerdo de licencia anterior, para conceder nuevas licencias al otorgar la garantía sobre su derecho previamente licenciado (*nemo dat quod non habet*).

74. En el supuesto anterior el acreedor garantizado ejecutor no adquiere, con arreglo a la Guía, la propiedad intelectual objeto de la medida ejecutoria, sino que dispondrá de la propiedad intelectual gravada (cediéndola, licenciándola o sublicenciándola) en nombre del otorgante de su garantía. Hasta el momento en que el cesionario o licenciatario (según sea el caso), que adquiera su derecho a raíz de la medida ejecutoria, haga inscribir un aviso del derecho así adquirido en el registro pertinente (si el derecho adquirido es inscribible), el otorgante figurará en dicho registro como titular de la propiedad intelectual gravada.

E. Derechos adquiridos a raíz de un acto de disposición de la propiedad intelectual gravada

75. Con arreglo a la Guía, todo derecho que se adquiera sobre propiedad intelectual por decisión judicial se regirá por la ley de dicho foro que sea aplicable a la ejecución de sentencias. De efectuarse un acto de disposición extrajudicial con arreglo a lo previsto en el régimen de las operaciones garantizadas, cabe señalar, en primer lugar, que el cesionario o licenciatario adquiere su derecho de propiedad intelectual directamente del otorgante de la garantía. El acreedor garantizado que opte por hacer valer su garantía por esta vía no pasa a ser titular del derecho intelectual gravado en el curso del proceso ejecutorio de su garantía.

76. Cabe señalar, en segundo lugar, que el cesionario o licenciatario habrá adquirido su respectivo derecho en el estado en que se encontraba al constituirse la garantía del acreedor ejecutor. Con arreglo a la Guía, el cesionario o el licenciatario adquiriría su derecho libre del gravamen del acreedor garantizado ejecutor y de todo gravamen cuyo rango de prelación sea inferior al del acreedor ejecutor, pero sujeto a todo gravamen cuyo rango de prelación sea superior. Dicha regla se aplicaría igualmente a un acto de disposición extrajudicial que no sea conforme con lo previsto por el régimen de las operaciones garantizadas, con tal de que el cesionario o licenciatario haya obrado de buena fe (véanse las recomendaciones 161 a 163).

77. Conforme al principio general del régimen de las operaciones garantizadas, el acreedor garantizado ejecutor toma el bien gravado en el estado en que estaba al procederse a la ejecución. Por ello, la garantía constituida sobre un bien corporal se extiende y será ejecutable sobre todo bien incorporado al bien gravado (véanse las recomendaciones 21 y 166). Para estar seguros de que la garantía recaerá también a los frutos o productos del bien gravado, el acuerdo de garantía suele estipular expresamente que la garantía se extiende a todo bien fabricado o producido a partir del bien gravado. Cuando el bien gravado sea propiedad intelectual, es importante precisar si el bien del que se hace acto de disposición al cesionario o licenciatario será la mera propiedad intelectual conforme existía al hacerse oponible a la garantía a terceros o si será dicha propiedad intelectual junto con toda mejora subsiguiente (por ejemplo, las mejoras introducidas en una patente). Por lo general, el régimen de la propiedad intelectual suele considerar dichas mejoras, bienes aparte y no como parte integrante de la propiedad intelectual preexistente. Por ello, todo acreedor garantizado prudente que desee estar seguro de que toda mejora quedará gravada deberá describir el bien gravado en el acuerdo de garantía en términos que estipulen que toda mejora ulterior quedará directamente gravada por la garantía que se esté constituyendo.

F. Propuesta por el acreedor garantizado de aceptar la propiedad intelectual gravada en satisfacción de la deuda

78. Con arreglo al régimen ejecutorio recomendado en la Guía, el acreedor garantizado podrá proponer al otorgante que aceptará el bien gravado en satisfacción de la obligación garantizada. Si el otorgante es el titular de la propiedad intelectual gravada, el acreedor garantizado podría pasar a ser titular de la misma, siempre que el otorgante de la garantía y sus acreedores no tengan nada que objetar (véanse las recomendaciones 156 a 159). Si el titular del derecho intelectual gravado lo había licenciado a un licenciatario que goce de prelación sobre el acreedor garantizado ejecutor, este habrá de aceptar la propiedad intelectual gravada sujeta a la licencia que gozará de prelación sobre su garantía, conforme al principio *nemo dat*. Si el acreedor garantizado pasa a ser titular de la propiedad intelectual gravada, sus derechos y obligaciones se regirán con arreglo al régimen de la propiedad intelectual. El acreedor garantizado estaría, por ello, obligado a inscribir, en su nueva condición de titular, el derecho adquirido en el registro de la propiedad intelectual pertinente (siempre que el derecho adquirido sea inscribible). Por último, el acreedor garantizado que acepte la propiedad intelectual gravada en satisfacción plena o parcial de la obligación garantizada la adquirirá libre de todo gravamen cuyo rango de prelación sea inferior al de su propia garantía, pero sujeta a toda garantía de rango superior (véase la recomendación 161).

G. Cobro de regalías y otros derechos de licencia

79. Con arreglo a la Guía, cuando el bien gravado consista en el derecho a cobrar las regalías u otros derechos abonables en virtud del acuerdo de licencia, el acreedor garantizado deberá estar facultado para hacer valer su garantía procediendo meramente al cobro de las regalías y derechos abonables a raíz del incumplimiento y de la notificación que se ha de dar a dicho fin al licenciatario o sublicenciatario

(véase la recomendación 168). En todos estos casos, las regalías estarán conceptuadas, a efectos del régimen de las operaciones garantizadas, como créditos por cobrar, y los derechos y las obligaciones de las partes se regirán por las reglas aplicables a los créditos por cobrar a tenor de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y de la Guía para su incorporación al derecho interno. Al igual que en casos similares, el acreedor garantizado cuya garantía recaiga sobre el pago actual y futuro de las regalías estará únicamente legitimado para hacer valer todo derecho al cobro de regalías que tenga el otorgante (licenciante) en el momento de procederse a la ejecución de la garantía.

H. Otros derechos contractuales del licenciante

80. Además de su derecho a cobrar las regalías, es probable que el licenciante haya estipulado algún otro derecho contractual en su arreglo con el licenciatario. Cabe que haya impuesto, por ejemplo, algún límite sobre el derecho del licenciatario a conceder sublicencias o alguna prohibición a la constitución de gravámenes sobre el derecho adquirido por el licenciatario, junto con el derecho a dar por cancelada la licencia si no se cumplen las condiciones estipuladas. La constitución por el licenciante de un gravamen sobre su derecho al cobro de las regalías y la ejecutoriedad de la garantía otorgada no privaría al licenciante de sus demás derechos con arreglo a su acuerdo de licencia o con arreglo al régimen de la propiedad intelectual por lo demás aplicable. El licenciante seguirá gozando de esos derechos, salvo que los haya cedido a un tercero o que los haya incluido en la descripción del bien gravado por la garantía que esté siendo ejecutada.

I. Ejecución de garantías constituidas sobre bienes corporales que lleven propiedad intelectual incorporada

81. Salvo que sea aplicable la denominada “regla o principio del agotamiento”, el titular del derecho intelectual podrá controlar la modalidad o el lugar de la venta de un bien corporal en cuya producción se haya de hacer uso de propiedad intelectual, con la autorización claro está de su titular. De mediar la autorización del titular del derecho de propiedad intelectual utilizado, o de estar ya agotado dicho derecho, el acreedor garantizado podrá disponer del bien gravado a raíz del incumplimiento del otorgante de la garantía. En ambos casos, se presume que el acuerdo constitutivo de la garantía sobre el bien corporal no gravaba la propiedad intelectual en sí.

82. La denominada “regla del agotamiento de un derecho intelectual” (denominada a veces “agotamiento del derecho” o “regla de la primera venta”) no se interpreta en todas partes por igual y el Anexo hace remisión a dicha regla conforme sea de hecho entendida en el Estado promulgante. No obstante, en aquellos lugares donde se aplica la regla del agotamiento a la propiedad intelectual incorporada a un bien corporal, la idea básica del denominado “agotamiento” consiste en que el titular de la propiedad intelectual perderá todo derecho que retenga sobre dicho bien corporal a raíz de su primer empleo. Por ejemplo, todo control que retenga el propietario de una marca sobre la venta de los productos que lleven dicha marca suele “agotarse” a raíz de la primera venta de cada producto que lleve la marca. Dicha regla amparará a todo revendedor eventual frente a toda acusación de empleo indebido de la marca.

Ahora bien, debe señalarse que el amparo de la marca se extenderá únicamente a las mercancías que no se hayan alterado de tal modo que no correspondan ya a las mercancías legitimadas para llevar la marca. Por ejemplo, un revendedor no podrá, con arreglo al régimen de la propiedad intelectual de algunos lugares, quitar o alterar la marca impuesta a sus mercancías por el propietario de la marca.

83. En supuestos en los que un bien corporal se ha producido valiéndose de la propiedad intelectual licenciada al otorgante de la garantía, el licenciante podrá haber estipulado que el licenciatario no podrá constituir garantías sobre dichos bienes o que el acreedor garantizado que acepte dichos bienes en garantía de su crédito solamente podrá hacer valer su garantía conforme a lo estipulado por el licenciante. En ambos casos, el licenciante podrá estipular en el acuerdo de licencia que esta podrá ser cancelada si el otorgante y el acreedor garantizado incumplen lo estipulado en el acuerdo de licencia. Por ello, para hacer valer debidamente sus derechos sobre el bien corporal gravado, el acreedor garantizado tendría, en estos casos, que obtener el consentimiento del titular de la propiedad intelectual o licenciante conforme a lo estipulado en el acuerdo de licencia y con arreglo al régimen de la propiedad intelectual que sea aplicable.

84. En casos en los que el acreedor garantizado desee también que su garantía recaiga sobre la propiedad intelectual incorporada al bien gravado (gravando el derecho a vender o licenciar la propiedad intelectual, si el otorgante goza de estos derechos), será necesario que el acreedor garantizado haga mención explícita, en el acuerdo de garantía, de la propiedad intelectual como parte integrante del bien gravado. En este caso, el bien gravado no sería un bien corporal producido gracias al empleo de cierta propiedad intelectual, sino la propia propiedad intelectual utilizada para su fabricación (o la propia licencia para fabricar bienes corporales mediante el empleo de la propiedad intelectual). Un acreedor garantizado prudente tratará normalmente de obtener una garantía constituida sobre dicha propiedad intelectual si desea poder completar la fabricación de los bienes corporales gravados parcialmente acabados.

J. Ejecución de una garantía constituida sobre los derechos de un licenciatario

85. En secciones anteriores se ha partido del supuesto de que el otorgante de la garantía era el propio titular de la propiedad intelectual gravada. El bien gravado era o bien la propia propiedad intelectual o el derecho de su titular a percibir regalías u otros derechos de licencia y su derecho a hacer valer otras estipulaciones contractuales relativas a su propiedad intelectual. Tan solo al examinarse la garantía constituida sobre un bien corporal producido mediante el empleo de propiedad intelectual (sección I) se examinaron conjuntamente los derechos de un licenciante titular de la propiedad intelectual gravada y los derechos de un licenciatario de la misma. Ahora bien, la mayoría de las cuestiones abordadas en las secciones C a H serían igualmente aplicables en supuestos en los que el bien gravado no sea la propiedad intelectual en sí sino los derechos de un licenciatario (o sublicenciatario) sobre dicha propiedad nacidos del acuerdo de licencia (o de sublicencia). En casos en los que el bien gravado sea meramente una licencia, el acreedor garantizado podrá únicamente hacer valer su garantía sobre los derechos del licenciatario y deberá respetar lo estipulado en el acuerdo de licencia.

86. En casos en los que el otorgante sea un licenciatario, el acreedor garantizado podrá hacer valer su garantía real, a raíz del incumplimiento del otorgante, sobre la licencia y podrá hacer cesión de la licencia a un cesionario, con tal de que el licenciante dé su consentimiento, lo que no suele ser el caso. De igual modo, el acreedor que ejecute su garantía sobre una licencia podrá conceder una sublicencia con tal de que el licenciante dé su consentimiento o de que el acuerdo de licencia hubiera previsto la concesión de sublicencias. Si el acreedor garantizado propone a su otorgante-licenciatario aceptar la licencia en satisfacción plena o parcial de la deuda incumplida y el otorgante y todo otro interesado (por ejemplo, el licenciante) no tienen nada que objetar, el acreedor garantizado pasará a ser un licenciatario de conformidad con lo estipulado en el acuerdo de licencia entre el licenciante y el licenciatario. Al igual que un cesionario o licenciatario que adquiera propiedad intelectual a raíz de su disposición por un acreedor garantizado, el acreedor garantizado que acepte la licencia del licenciatario en satisfacción plena o parcial de la obligación asegurada estará obligado a inscribir su derecho en cuanto licenciatario en el registro pertinente de la propiedad intelectual, si dicho derecho es inscribible con arreglo al régimen de la propiedad intelectual. De lo contrario, el acreedor garantizado que pase a ser licenciatario estará obligado a inscribir su derecho en el registro general de las garantías reales con arreglo a lo recomendado en la Guía.

87. Cuando el bien gravado sea el derecho del sublicenciante a cobrar regalías en virtud de su acuerdo de sublicencia, el acreedor garantizado estará legitimado para tratar dicho derecho al cobro como un crédito por cobrar ordinario. Ello significa que el acreedor garantizado podrá cobrar las regalías a las que tenga derecho su otorgante con arreglo al acuerdo de sublicencia a partir del momento en el que se proceda a la ejecución de la garantía real sobre dicho crédito por cobrar. Si la ejecución de la garantía sobre las regalías abonables por la sublicencia constituyera un incumplimiento del acuerdo originario de licencia, el acreedor garantizado no estaría legitimado para hacer valer su garantía frente a crédito por cobrar alguno a raíz del incumplimiento de su obligación garantizada.

88. Cuando el bien gravado sea algún otro derecho contractual estipulado en el acuerdo originario de licencia, el acreedor garantizado del sublicenciante podrá hacer valer su garantía sobre dicho derecho contractual al igual que si se tratara de cualquier otro bien gravado, y el hecho de que el licenciante pueda revocar la licencia en el futuro, o de que haya hecho valer un crédito con prelación superior al cobro de las regalías de la sublicencia, no tendrá repercusión directa alguna sobre el derecho del acreedor garantizado a hacer valer todo otro derecho contractual enunciado en el acuerdo de licencia que sea objeto de su garantía.

89. Los derechos adquiridos por un cesionario de la licencia, por un sublicenciatario a raíz de un acto de disposición del acreedor garantizado o por un acreedor garantizado que acepte la licencia en satisfacción plena o parcial de la obligación garantizada estarán condicionados por toda limitación estipulada en el acuerdo originario de licencia. Por ejemplo, un licenciatario no exclusivo no podrá reclamar por concepto de la propiedad licenciada contra otro licenciatario no exclusivo de la misma o contra un infractor de la misma. Únicamente el licenciante (o titular pleno de la propiedad intelectual) podrá presentar dichas reclamaciones, aun cuando en algunos países está previsto que un licenciatario exclusivo se adhiera a la demanda presentada por el licenciante. Además, cabe que, conforme a lo

estipulado en el acuerdo de licencia y a la descripción del bien gravado que se dé en el acuerdo de garantía, el cesionario de la licencia no tenga acceso a ciertos datos como pudiera ser el código de acceso a una fuente de origen. A fin de dotar de validez a la licencia transferida o sublicenciada, el acuerdo de garantía deberá mencionar, en la descripción del bien gravado por el otorgante-licenciatario, dichos derechos, en la medida en que el acuerdo de licencia le autorice a gravar también dichos derechos.

X. Ley aplicable a una garantía sobre propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: respecto de los párrafos 90 a 98, consúltese A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, párrafos 53 a 57, y A/CN.9/649, párrafos 77 a 80.*]

A. Ley aplicable en asuntos de propiedad intelectual

90. Los convenios internacionales para la protección de la propiedad intelectual suelen determinar la ley aplicable por el principio de la territorialidad y, en muchos Estados, la ley aplicable en materia de propiedad intelectual suele ser la ley del lugar donde la propiedad intelectual esté protegida (*lex protectionis*). Por ello, un cesionario o un licenciatario deberá cerciorarse de que el derecho que le sea transferido o licenciado esté debidamente reconocido en todo lugar en donde dicho cesionario o licenciatario desee hacer uso del derecho adquirido.

91. Al ser la garantía así constituida un derecho real, por razones de coherencia convendría que la territorialidad fuera también el criterio utilizado para la determinación de la ley aplicable a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de una garantía constituida sobre propiedad intelectual. Por ello, muchos Estados remiten a la *lex protectionis* de la propiedad intelectual para la determinación de la ley aplicable a estas cuestiones. La ventaja de hacer remisión a la *lex protectionis* en lo concerniente a toda garantía constituida sobre propiedad intelectual dimana de que una misma ley sería declarada aplicable en lo concerniente tanto a la garantía real como a la cesión de la titularidad sobre el bien gravado. Por ejemplo, todo conflicto de prelación eventual entre la garantía de un acreedor garantizado y el beneficiario de una cesión pura y simple del derecho intelectual gravado efectuada por el otorgante de la garantía resultaría más fácil de resolver si una misma ley es aplicable a las cuestiones de garantía y a las cuestiones de propiedad intelectual.

92. Ahora bien, el derecho interno no siempre remite a la *lex protectionis* de la propiedad intelectual en cuestiones concernientes a las garantías constituidas sobre dicha categoría de propiedad. Las normas internas en materia de conflictos de leyes hacen remisión, en algunos Estados, a la ley del otorgante de la garantía para toda cuestión concerniente a las garantías sobre bienes inmateriales, y aplican esa misma regla a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual, al menos en lo concerniente a la oponibilidad y prelación de la garantía así constituida. Con arreglo a este criterio, el régimen general de la Guía en materia de conflictos de leyes para garantías sobre bienes inmateriales (es decir, la ley del lugar del otorgante) sería igualmente aplicable a las garantías sobre propiedad intelectual. La lectura conjunta de las recomendaciones 208 y 218 dará normalmente lugar a que se declare

aplicable la ley del lugar del otorgante a la constitución, oponibilidad, prelación y ejecución de las garantías sobre bienes inmateriales. Esa misma regla sería, en dichos países, aplicable cuando la garantía esté constituida sobre propiedad intelectual.

93. La ventaja de adoptar una regla que remita todas las cuestiones eventualmente involucradas a la ley de un solo país consiste en que el acreedor garantizado que obtenga una garantía sobre todos los bienes inmateriales actuales y futuros (incluida la propiedad intelectual) del otorgante podría determinar la validez y el rango de su garantía consultando la ley de un solo país, aun cuando los bienes gravados tuvieran puntos de conexión con varios Estados. Ello reduciría además los gastos de la operación, dado que, por ejemplo, el requisito de la inscripción registral sería exigible en un único Estado.

94. Ahora bien, dado que toda cesión pura y simple de la propiedad intelectual seguiría rigiéndose por la *lex protectionis*, en el supuesto de un conflicto de prelación entre un acreedor garantizado y un cesionario puro y simple de la propiedad intelectual gravada, la adopción de dicha regla no remitiría la solución del conflicto a la ley de un único Estado. Para obtener dicho resultado, se habría de prever una excepción a la regla de la ley del lugar del otorgante de la garantía, por la que se hiciera remisión a la *lex protectionis* en todo supuesto en el que el derecho de un cesionario puro y simple de la propiedad intelectual gravada estuviera involucrado en el conflicto de prelación. La Guía ha previsto una excepción, similar (pero no idéntica), a la regla general en el caso de una disputa entre la garantía de un acreedor constituida sobre un crédito por cobrar nacido de la venta o del arrendamiento financiero de un inmueble y la garantía de un acreedor concurrente que haya inscrito su garantía en el registro de la propiedad inmobiliaria del Estado donde el inmueble esté situado (véase la recomendación 209).

95. De preverse esta excepción a la regla general, un acreedor garantizado habría de confirmar la prelación de su garantía con arreglo a la *lex protectionis* únicamente en el caso de que previera tener que competir con un reclamante concurrente que fuera el beneficiario de una cesión pura y simple de la propiedad intelectual gravada. En el supuesto habitual de que la consideración más importante sea la insolvencia del otorgante de la garantía, bastaría con que el acreedor garantizado se hubiera fiado de la ley aplicable en el Estado en donde el otorgante estuviera ubicado, obrando a este respecto al igual que respecto de otras categorías de bienes inmateriales (como los créditos por cobrar).

96. Otra variante de esa misma excepción sería la de hacer remisión a la *lex protectionis* únicamente cuando dicha ley haya previsto que la propiedad intelectual afectada es inscribible en un registro de la propiedad intelectual. Esta variante no resultaría, sin embargo, satisfactoria para un cesionario puro y simple de propiedad intelectual no sujeta al requisito de inscripción con arreglo a la *lex protectionis*. Dicho cesionario tendría que consultar la ley de la ubicación del otorgante eventual de una garantía para cerciorarse de que el bien gravado cedido no esté sujeto a una garantía real previa.

97. Los posibles enfoques anteriormente descritos pueden resumirse en las tres variantes de recomendación que se esbozan a continuación:

Variante A

El régimen debería prever que la ley aplicable a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de una garantía constituida sobre propiedad intelectual será la ley del Estado en donde la propiedad gravada esté protegida.

Variante B

El régimen debería prever que la ley aplicable a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de una garantía constituida sobre propiedad intelectual será la ley del Estado donde el otorgante de la garantía esté ubicado. [Ahora bien, la ley aplicable a un conflicto de prelación entre la garantía y el derecho de propiedad intelectual de un [reclamante concurrente] [cesionario o licenciatario] será la ley del Estado en donde la propiedad intelectual gravada esté protegida [si conforme a la ley de dicho lugar, la propiedad gravada es inscribible en un registro de la propiedad intelectual] [si con arreglo a la ley de dicho Estado una garantía constituida sobre la propiedad gravada es inscribible en un registro de la propiedad intelectual.]

Variante C

La ley aplicable a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de una garantía constituida sobre propiedad intelectual que haya de ser inscrita en un registro de la propiedad intelectual será la ley del lugar donde se lleva dicho registro.

[*Nota para el Grupo de Trabajo*: *el Grupo de Trabajo tal vez desee observar que, con la excepción de los textos entre corchetes, el texto de la variante B es similar al de la recomendación 209 y el texto de la variante C es similar al de la recomendación 205. El Grupo de Trabajo tal vez desee también considerar si debiera permitirse hacer remisión en supuestos en los que la ley del Estado donde la propiedad intelectual esté protegida permita hacer remisión o, con arreglo al derecho contractual aplicable, reconozca la primacía de la ley del lugar donde el acreedor garantizado, el otorgante de la garantía o un tercero interesado esté ubicado, particularmente en supuestos en los que la garantía constituida sobre la propiedad intelectual afectada no sea inscribible en un registro de la propiedad intelectual (por ejemplo, un registro de derechos de autor o de secretos comerciales).*]

B. Ley aplicable en asuntos contractuales

98. Los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y del acreedor garantizado en lo concerniente a su garantía quedarán normalmente al arbitrio de su autonomía contractual. A falta de una estipulación al respecto de las partes, la ley aplicable a estas cuestiones será la ley por la que se rija el acuerdo de garantía (véase la recomendación 216).

XI. Las repercusiones de la insolvencia en una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: véase el examen de esta cuestión en A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, párrafos 58 a 72, A/CN.9/649, párrafos 98 a 103 y A/63/17, párrafo 326. El Grupo de Trabajo tal vez desee volver sobre esta cuestión una vez que el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) la haya examinado.*]

C. Informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales acerca de la labor realizada en su 15º período de sesiones (Nueva York, 27 de abril a 1 de mayo de 2009)

(A/CN.9/670) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-9
II.	Organización del período de sesiones	10-15
III.	Deliberaciones y decisiones	16
IV.	Garantías reales sobre propiedad intelectual	17-27
	A. Introducción (A/CN.9/WG.VI/WP.37)	17
	1. Antecedentes	17
	2. Interacción entre el régimen de las operaciones garantizadas y el derecho interno de la propiedad intelectual	18
	3. Terminología	19-20
	4. Ejemplos de prácticas financieras fundadas en la propiedad intelectual	21-26
	5. Objetivos clave y principios básicos	27
	B. Ámbito de aplicación y autonomía contractual de las partes (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1)	28-34
	1. Amplio ámbito de aplicación	28-32
	2. Aplicación del principio de la autonomía de las partes a las garantías reales sobre propiedad intelectual	33-34
	C. Constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1)	35-55
	1. Los conceptos de constitución de una garantía real y de su oponibilidad a terceros	35
	2. Concepto unitario de la garantía real	36
	3. Requisitos para la constitución de una garantía sobre propiedad intelectual	37-42
	4. Derechos del otorgante sobre la propiedad intelectual que vaya a gravarse	43
	5. Distinción entre un acreedor garantizado por propiedad intelectual y el propietario del derecho gravado	44
	6. Tipos de propiedad intelectual gravable	45-53
	7. Garantías reales sobre propiedad intelectual futura	54

8. Limitaciones legales o contractuales de la transferibilidad de un derecho de propiedad intelectual 55

D. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2) 56-61

1. El concepto de la oponibilidad a terceros 56

2. Oponibilidad a terceros de una garantía sobre propiedad intelectual inscribible en un registro de la propiedad intelectual 57-60

3. Oponibilidad a terceros de las garantías sobre propiedad intelectual no inscribibles en un registro de la propiedad intelectual 61

E. Sistema de inscripción registral (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2) 62-72

1. Registro general de las garantías reales 62

2. Registros destinados a ciertas categorías de propiedad intelectual . . 63

3. Coordinación de registros 64-67

4. Inscripción de avisos acerca de las garantías constituidas sobre derechos de propiedad intelectual futuros 68

5. Inscripción o consulta en dos registros 69

6. Fecha de validez de la inscripción 70

7. Repercusión de la transferencia de un derecho de propiedad intelectual gravado sobre la validez de la inscripción 71

8. Inscripción de las garantías sobre marcas comerciales 72

F. Prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2 y Add.3) 73-95

1. El orden de prelación 73

2. Identificación de los reclamantes concurrentes 74

3. Importancia del conocimiento que se tenga de una transferencia o gravamen anterior 75

4. Prelación de una garantía inscrita en un registro de la propiedad intelectual 76-78

5. Prelación de una garantía real no inscribible o no inscrita en un registro de la propiedad intelectual 79

6. Derechos reconocidos al cesionario de propiedad intelectual gravada 80

7. Derechos de los licenciatarios en general 81-82

8. Derechos de algunos licenciatarios 83-86

9. Prelación de una garantía otorgada por el licenciante frente a una garantía otorgada por un licenciatario 87-93

10. Prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual frente al derecho de un acreedor judicial 94

11. Subordinación 95

G. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía constituida sobre propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3) . . 96-103

1. Aplicación del principio de la autonomía contractual 96-98

2. Legitimación del acreedor garantizado para enjuiciar a un infractor del derecho gravado o para renovar su inscripción registral 99-103

H. Derechos y obligaciones de los terceros deudores en operaciones de financiación garantizadas por propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3) 104

I. Ejecución de una garantía constituida sobre propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3) 105-114

1. Intersección del régimen de las operaciones garantizadas con la legislación aplicable a la propiedad intelectual 105

2. Ejecución de la garantía según cuál sea la naturaleza de la propiedad intelectual gravada 106

3. Toma de "posesión" de la propiedad intelectual gravada 107

4. Disposición de la propiedad intelectual gravada 108

5. Derechos adquiridos a raíz de un acto de disposición de la propiedad intelectual gravada 109

6. Propuesta por el acreedor garantizado de aceptar la propiedad intelectual gravada en satisfacción de la deuda 110

7. Cobro de regalías y otros derechos de licencia 111

8. Otros derechos contractuales del licenciante 112

9. Ejecución de garantías constituidas sobre bienes corporales que lleven propiedad intelectual incorporada 113

10. Ejecución de una garantía constituida sobre los derechos de un licenciatario 114

J. Ley aplicable a una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4) 115

K. Repercusiones de la insolvencia de un licenciante o un licenciatario de derechos de propiedad intelectual en una garantía real sobre esos derechos en virtud de un acuerdo de licencia (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4) 116-122

1. Información general 116-119

2. Insolvencia del licenciante 120

3. Insolvencia del licenciatario 121

4. Apéndice 122

V. Labor futura 123-126

I. Introducción

1. En este período de sesiones, el Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) continuó su labor de preparación de un anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas (denominada en adelante "la Guía")[1] referente en concreto a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, conforme a una decisión adoptada por la Comisión en su 40º período de sesiones, celebrado en 2007[2]. La Comisión decidió ocuparse del tema de las garantías constituidas sobre propiedad intelectual para atender a la necesidad de complementar la labor ya realizada sobre la Guía dando a los Estados orientaciones concretas sobre cómo coordinar debidamente el régimen de las operaciones garantizadas con el de la propiedad intelectual[3].

2. En su 39º período de sesiones, celebrado en 2006, la Comisión estudió su posible labor futura en relación con el régimen legal de la financiación garantizada. Se señaló que la propiedad intelectual (por ejemplo, los derechos de autor, las patentes y las marcas comerciales) era una fuente de crédito cada vez más importante y que, por consiguiente, no debería quedar excluida de un régimen moderno de las operaciones garantizadas. Se observó también que las recomendaciones formuladas en el proyecto de guía eran aplicables en general a las garantías reales sobre propiedad intelectual, en la medida en que no fueran incompatibles con el régimen de la propiedad intelectual. Asimismo se indicó que, como las recomendaciones del proyecto de guía se habían preparado sin tener en cuenta la problemática propia del régimen de la propiedad intelectual, convendría que los Estados promulgantes se plantearan la posibilidad de introducir en las recomendaciones los ajustes que fueran necesarios para abordar esas cuestiones[4].

3. A fin de dar una mayor orientación a los Estados, se sugirió que la Secretaría, en colaboración con las organizaciones internacionales que tuvieran conocimientos periciales en materia de financiación garantizada y sobre el régimen legal de la propiedad intelectual, en particular la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), preparara una nota para presentar a la Comisión en su 40º período de sesiones, en 2007, en la que se examinara el posible alcance de la labor que podría entablar la Comisión como complemento del proyecto de guía. Se sugirió también que, con miras a obtener asesoramiento pericial y aportaciones del sector interesado, la Secretaría organizara las reuniones de expertos y los coloquios necesarios[5]. Tras deliberar, la Comisión pidió a la Secretaría que, en colaboración con las organizaciones competentes, en particular con la OMPI, preparara una nota en la que se analizara el alcance de su labor futura en lo que respecta a la financiación garantizada por derechos de propiedad intelectual. La Comisión pidió también a la Secretaría que organizara un coloquio sobre la financiación garantizada por derechos de propiedad intelectual y que procurara obtener la máxima

---

[1] Se puede consultar en el sitio en Internet de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (www.uncitral.org/pdf/english/texts/security-lg/e/final-final-e.pdf). Se editará como publicación de las Naciones Unidas destinada a la venta.

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part I)), párr. 162.

[3] *Ibid.*, párr. 157.

[4] *Ibid.*, *sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 81 y 82.

[5] *Ibid.*, párr. 83.

participación posible de organizaciones internacionales competentes y de expertos de diversas regiones del mundo[6].

4. En atención a esas solicitudes, la Secretaría, en colaboración con la OMPI, organizó un coloquio relativo a las garantías reales sobre propiedad intelectual, que se celebró en Viena los días 18 y 19 de enero de 2007. Asistieron a él expertos en financiación garantizada y en los regímenes legales de la propiedad intelectual, entre ellos representantes de los gobiernos y de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales nacionales e internacionales. Durante el coloquio se formularon varias sugerencias sobre los ajustes que sería necesario introducir en el proyecto de guía para abordar las cuestiones específicas que plantea la financiación garantizada por propiedad intelectual[7].

5. Durante la primera parte de su 40º período de sesiones, celebrada en Viena del 25 de junio al 12 de julio de 2007, la Comisión examinó una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual" (A/CN.9/632). En la nota se tenían en cuenta las conclusiones a que se había llegado en el coloquio. A fin de dar a los Estados suficiente orientación sobre los ajustes que cabría introducir en sus respectivas legislaciones para evitar incoherencias entre el régimen de la financiación garantizada y el régimen de la propiedad intelectual, la Comisión decidió encomendar al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) la preparación de un anexo del proyecto de guía que trataría en particular de las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual[8].

6. En la segunda parte de su 40º período de sesiones, celebrada en Viena del 10 al 14 de diciembre de 2007, la Comisión concluyó y aprobó la Guía, quedando entendido que posteriormente se prepararía un anexo de esta que trataría en concreto de las garantías reales sobre propiedad intelectual[9].

7. En su 13º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 19 al 23 de mayo de 2008, el Grupo de Trabajo examinó una nota de la Secretaría titulada "Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual" (A/CN.9/WG.VI/WP.33 y Add.1). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un borrador del anexo de la Guía referente a la constitución de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual (en adelante, "el proyecto de anexo") en el que se recogieran sus deliberaciones y decisiones (véase A/CN.9/649, párrafo 13). Dado que el Grupo de Trabajo no pudo llegar a un acuerdo acerca de si ciertos aspectos de la repercusión de la insolvencia en el trato otorgable a una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual (véase A/CN.9/649, párrafos 98 a 102) guardaban suficiente relación con el régimen de las operaciones garantizadas para que se justificara su análisis en el proyecto de anexo, decidió volver a examinar esas cuestiones en una ulterior reunión y recomendó que se pidiera al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) que las estudiara (véase A/CN.9/649, párrafo 103).

---

[6] *Ibid.*, párr. 86.

[7] Véase www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html.

[8] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm.17* (A/62/17 (Part I)), párrs. 156, 157 y 162.

[9] *Ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part II)), párrs. 99 y 100.

8. En su 41º período de sesiones, celebrado en Nueva York del 16 de junio al 3 de julio de 2008, la Comisión acogió con satisfacción los progresos realizados por el Grupo de Trabajo. También tomó nota de la decisión del Grupo de Trabajo relativa a algunos aspectos de la repercusión de la insolvencia en el trato otorgable a una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual y decidió que debía informarse al respecto al Grupo de Trabajo V e invitarlo a que, en su siguiente período de sesiones, expresara una opinión preliminar. Además, decidió que, en caso de que después de ese período de sesiones quedara alguna cuestión pendiente que debiera ser examinada conjuntamente por los dos grupos de trabajo, la Secretaría debería poder organizar, a su discreción, un debate conjunto acerca de la repercusión de la insolvencia en el trato otorgable a una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual[10].

9. En su 14º período de sesiones, celebrado en Viena del 20 al 24 de octubre de 2008, el Grupo de Trabajo prosiguió su labor basándose en una nota de la Secretaría titulada "Anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual" (A/CN.9/WG.VI/WP.35 y Add.1). En ese período de sesiones el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de anexo en que se recogieran sus deliberaciones y decisiones (véase A/CN.9/667, párrafo 15). El Grupo de Trabajo también remitió al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) ciertas cuestiones relativas a los efectos de la insolvencia en una garantía constituida sobre propiedad intelectual (véase A/CN.9/667, párrafos 129 a 140). A este respecto, se consideró en general que debía hacerse lo posible por concluir cuanto antes el examen de esas cuestiones, a fin de poder incorporar sus resultados al texto del proyecto de anexo en otoño de 2009 o a comienzos de la primavera de 2010, y a fin de que la Comisión, en su 43º período de sesiones de 2010, aprobara definitivamente el proyecto, quedando así adoptado (véase A/CN.9/667, párrafo 143).

II. Organización del período de sesiones

10. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 15º período de sesiones en Nueva York del 27 de abril al 1 de mayo de 2009. Asistieron a él representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Australia, Benin, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Ecuador, Egipto, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Fiji, Francia, Gabón, Grecia, Guatemala, India, Irán (República Islámica del), Italia, Japón, Kenya, Madagascar, Marruecos, México, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Sudáfrica, Suiza, Tailandia, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

11. También asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Bangladesh, Bélgica, Eslovenia, Filipinas, Ghana, Indonesia, Jamahiriya Árabe Libia, Kirguistán, Kuwait, Mauritania, Países Bajos, Qatar y Rumania.

[10] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 326.

12. Asistieron, además, observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Banco Mundial y Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI);

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Agencia Espacial Europea (ESA) y Unión Europea (UE);

c) *Organizaciones no gubernamentales internacionales invitadas por el Grupo de Trabajo*: *American Bar Association* (ABA), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, *Commercial Finance Association* (CFA), *International Trademark Association* (INTA), Liga de la Industria Independiente de Cine y Televisión, *New York City Bar Association* y Unión Internacional de Abogados (UIA).

13. El Grupo de Trabajo eligió a los siguientes integrantes de la Mesa:

Presidenta: Sra. Kathryn SABO (Canadá)

Relatora: Sra. Carolina SEPÚLVEDA (Chile)

14. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: A/CN.9/WG.VI/WP.36 (Programa provisional anotado) y A/CN.9/WG.VI/WP.37 y Add. 1 a Add. 4 (Proyecto de anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual).

15. 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. Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

III. Deliberaciones y decisiones

16. El Grupo de Trabajo examinó una nota de la Secretaría titulada "Proyecto de anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual" (A/CN.9/WG.VI/WP.37 y Add.1 a Add. 4). El Grupo de Trabajo también tomó nota de un documento de la Secretaría titulado "Examen de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia en lo relativo a la propiedad intelectual" (A/CN.9/WG.V/WP.87). Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo al respecto se reseñan más adelante en los capítulos IV y V. Se pidió a la Secretaría que preparara un borrador revisado del anexo en que se recogieran dichas deliberaciones y decisiones.

IV. Garantías reales sobre propiedad intelectual

A. Introducción (A/CN.9/WG.VI/WP.37)

1. Antecedentes

17. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección A de la Introducción, en que se analizan los antecedentes del proyecto, quedando entendido que su texto sería complementado ulteriormente para plasmar en él las novedades que se fueran introduciendo en el proyecto de anexo.

2. Interacción entre el régimen de las operaciones garantizadas y el derecho interno de la propiedad intelectual

18. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección B de la Introducción, en la que se analizan la interacción entre el régimen de las operaciones garantizadas y el derecho interno de la propiedad intelectual.

3. Terminología

19. Las delegaciones coincidieron en general en que en la sección C de la Introducción, relativa a la terminología, se daban explicaciones útiles sobre el significado de los términos y conceptos empleados en la Guía en un contexto de propiedad intelectual. Al mismo tiempo, se formularon varias observaciones y sugerencias con objeto de perfeccionar la presentación de la sección de terminología. Entre estas observaciones y sugerencias cabe destacar las siguientes:

a) Respecto del párrafo 15, se sugirió que, a fin de garantizar la claridad y la coherencia con la terminología empleada en el régimen de la propiedad intelectual, convendría que, en vez de hacerse referencia a “algún derecho de menor alcance”, se aludiera directamente a un “licenciatario” o a un “licenciante”;

b) Con respecto al párrafo 16, se sugirió que los textos de la primera frase, por una parte, y de las dos frases restantes, por otra, se presentaran en dos párrafos distintos, pues trataban de dos cuestiones diferentes: en la primera se decía que un derecho de propiedad intelectual se diferenciaba de los ingresos que se derivaban de él, mientras que en las otras frases se sostenía que un acuerdo de licencia no constituía una operación garantizada;

c) Se sugirió asimismo que se ampliara el texto del párrafo 16 con miras a aclarar que, si bien la cuestión de si el titular de un derecho de propiedad intelectual podía conceder una licencia debía regirse por el régimen de la propiedad intelectual, la cuestión de si las partes en un acuerdo de licencia podían convenir en lo contrario debería abordarse en el proyecto de anexo;

d) Se sugirió también que todas las referencias que se hacían en el proyecto de anexo al apartado b) de la recomendación 4 fueran ajustadas al contenido del apartado b) de la recomendación 4;

e) Con respecto al párrafo 17, se sugirió que, además de hacerse referencia a las patentes, a las marcas comerciales y a los derechos de autor, se aludiera a las “variedades de plantas”;

f) Respecto de los párrafos 19 a 21, se consideró que debería aclararse la distinción entre una "licencia" como derecho y un "acuerdo de licencia" como pacto por el que se constituía tal derecho; esta aclaración también debería hacerse con respecto a las licencias otorgadas en virtud de la ley (u obligatorias) y las licencias implícitas que no se rigieran por ningún acuerdo;

g) Se sugirió asimismo que, en los párrafos 19 a 21 se hiciera referencia al régimen de la propiedad intelectual de algunos Estados en virtud del cual una licencia (como una licencia exclusiva) podría tenerse por un derecho real, y no por un derecho personal;

h) Con respecto al párrafo 22, se sugirió que se suprimiera la totalidad del texto que sigue a las dos primeras frases, pues contenía afirmaciones innecesarias o no del todo exactas (por ejemplo, las referencias a derechos morales, y no a derechos de autor);

i) Con respecto al párrafo 24, se sugirió que, a fin de armonizarlo con la versión revisada del párrafo 15, se insertara, en sustitución de lo que figura después de la primera frase, un texto del siguiente tenor: "En virtud del régimen de la propiedad intelectual, los derechos de un titular de propiedad intelectual implican en general el derecho a impedir la utilización no autorizada de su propiedad intelectual, así como el derecho a transferir y a celebrar contratos de licencia en relación con su propiedad intelectual. Por ejemplo, en el caso de las patentes, el titular de una patente tiene derechos exclusivos para impedir ciertos actos, que no cuenten con su autorización, como la producción, utilización o venta, en relación con el objeto de la patente. En este sentido, será el titular de propiedad intelectual el que será considerado titular de un derecho. Por otra parte, en el contexto de un régimen de las operaciones garantizadas, el concepto de "titular de un derecho" se emplea también para designar al titular de un derecho de menor alcance como, por ejemplo, al licenciatario que pueda tener el derecho a utilizar propiedad intelectual frente a terceros. No obstante, debe entenderse que los titulares de derechos de menor alcance tal vez no gocen necesariamente de derechos exclusivos en el sentido que se les da en el régimen de la propiedad intelectual";

j) Respecto del párrafo 24, se sugirió también que, en vez de emplearse los términos "titular de un derecho", se utilizara la expresión "titular de derechos de propiedad intelectual", pues resultaba más clara;

k) Con respecto al párrafo 25, se estimó que su texto debería poner de relieve el hecho de que los derechos del licenciante y del licenciatario dependían de las cláusulas del acuerdo de licencia (salvo en el caso de las licencias obligatorias o implícitas que no se regían por ningún acuerdo), y también el hecho de que el derecho a cobrar regalías y a revocar el contrato solía formar parte del acuerdo; y

l) Respecto del párrafo 27, se sugirió que se examinara el término "transferencia" de modo que se utilizara con coherencia en todo el proyecto de anexo.

20. Si bien con respecto a la sugerencia mencionada en el párrafo 19 i) *supra* se sostuvo que lo esencial de un derecho de propiedad intelectual podía explicarse de forma positiva, algunas delegaciones apoyaron las sugerencias mencionadas en el párrafo 19 *supra*. Respecto de la sugerencia hecha en el párrafo 19 c) *supra*, el Grupo de Trabajo aplazó su decisión al respecto hasta que hubiera tenido la

oportunidad de examinar los derechos y las obligaciones de las partes (véase el párrafo 96 *infra*). A reserva de otras modificaciones mencionadas en el párrafo 19 *supra*, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección C de la Introducción, relativa a la terminología.

4. Ejemplos de prácticas financieras fundadas en la propiedad intelectual

21. Un gran número de delegaciones del Grupo de Trabajo se adhirieron al contenido de la sección D de la Introducción, en la que se exponían ejemplos de prácticas financieras fundadas en la propiedad intelectual. Al mismo tiempo se formularon algunas sugerencias.

22. Concretamente, se propuso que se suprimieran los ejemplos 5 y 6 por estimarse que trataban de la financiación de existencias y no de propiedad intelectual. Se observó asimismo que el hecho de que el valor de las existencias se viera incrementado por la propiedad intelectual utilizada para respaldar las existencias era una cuestión de orden práctico o económico, pero no jurídica. Esta sugerencia fue objeto de críticas, pues se consideró que, si bien los bienes corporales y la propiedad intelectual que se utilizaban respecto de dichos bienes constituían dos tipos distintos de bienes, podían constituirse garantías reales sobre ambos. Se observó asimismo que las garantías reales sobre existencias o bienes de equipo sobre los que se utilizara propiedad intelectual eran suficientemente importantes para justificar que se hiciera referencia a ellos en la sección de ejemplos del proyecto de anexo.

23. Por otra parte, se sugirió que los ejemplos 5 y 6 se insertaran en otra sección con otro título y con una introducción distinta, o que se revisara el título de esa sección y su introducción para aclarar que, en cierto modo, los ejemplos 5 y 6 constituían prácticas financieras distintas. Si bien esta sugerencia obtuvo un apoyo suficiente, se decidió encomendar a la Secretaría que la formulara adecuadamente.

24. Se sugirió asimismo que los ejemplos se complementaran con ejemplos de prácticas de financiación de adquisiciones. El Grupo de Trabajo aplazó el examen de esa sugerencia hasta que hubiera tenido la oportunidad de reconsiderar su decisión en virtud de la cual los principios de la financiación de adquisiciones no eran aplicables a la propiedad intelectual (véase A/CN.9/649, párrafos 74 a 76; véanse también los párrafos 91 a 93 *infra*).

25. También se sugirió que, en el ejemplo 1, se hiciera referencia a que el banco contaba con una verificación previa de la inscripción de la patente. Si bien no se formuló ninguna objeción de fondo, según la opinión general sería más conveniente tratar esa cuestión al examinar el capítulo sobre la inscripción, y no en la sección de la Introducción en la que se citaban ejemplos.

26. A reserva de los cambios mencionados en el párrafo 23 *supra*, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección D de la Introducción, en la que se daban ejemplos de prácticas financieras fundadas en la propiedad intelectual.

5. Objetivos clave y principios básicos

27. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección E de la Introducción, relativa a los objetivos clave y principios básicos del proyecto de anexo.

B. Ámbito de aplicación y autonomía contractual de las partes (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1)

1. Amplio ámbito de aplicación

28. La mayoría de las delegaciones se declararon partidarias de que el proyecto de anexo tuviera un amplio ámbito de aplicación. No obstante, respecto de la formulación del texto relativo al ámbito de aplicación del proyecto de anexo se formularon varias sugerencias, como las siguientes:

a) En el párrafo 2, concretamente en su segunda frase, habría que aludir a la posibilidad de que pudiera constituirse una garantía real sobre una patente, una marca comercial y los derechos económicos derivados de derechos de autor "o de otro derecho de propiedad intelectual que entre en el ámbito de la definición del régimen de la propiedad intelectual", a fin de no limitar el alcance de los derechos de propiedad intelectual abarcados;

b) En los párrafos 7 y 19 debería aclararse que se aludía a verdaderas transferencias puras y simples, y no a operaciones garantizadas camufladas, con lo que reflejarían el enfoque de la Guía conforme al cual el contenido debe prevalecer sobre la forma;

c) Convendría revisar el análisis sobre las patentes, que figura en la sección A.4 relativa a los límites del ámbito de aplicación, haciéndose referencia al titular o cotitular de una patente, a la inscripción o a la solicitud de inscripción de una patente en un registro y al amparo que debe concederse a la primera persona que invente el objeto de la patente o que sea la primera en solicitar su inscripción;

d) Habría que agregar al texto una nueva sección referente a los derechos conexos en la sección A.4, relativa a los límites del ámbito de aplicación;

e) Convendría revisar los ejemplos que figuran en los párrafos 14 a 21 a fin de aclarar que indicaban el alcance y las repercusiones de la primacía del régimen de la propiedad intelectual, exponiendo de forma ilustrativa los problemas que pudieran suscitar los enfoques no uniformes de la financiación basada en propiedad intelectual para el régimen de la propiedad intelectual, en vez de indicarse cómo debería enfocarse el régimen de la propiedad intelectual;

f) Deberían revisarse las referencias de los párrafos 16 a 20 a la inscripción de una garantía real sobre propiedad intelectual en un registro de la propiedad intelectual, a fin de evitar incoherencias innecesarias entre dichos párrafos; y

g) Deberían suprimirse las referencias del párrafo 17 a los compradores de buena fe de propiedad intelectual gravada y debería revisarse el párrafo, a fin de no dar a entender que el régimen de todos los Estados correspondía a la descripción hecha en ese párrafo.

29. Con respecto a los ejemplos dados en los párrafos 14 a 21, se formularon nuevas sugerencias.

30. Concretamente, se sugirió que se suprimieran los ejemplos enunciados en los párrafos 14 a 21, pues se consideraba que no resultaban útiles al no aclarar las repercusiones de la aplicación de la recomendación 4 b) ni los problemas que podría suscitar a causa de los enfoques divergentes o anticuados de la financiación

respaldada por propiedad intelectual en los diversos regímenes de la propiedad intelectual. Esta sugerencia suscitó objeciones. La mayoría de las delegaciones estimó que, si bien los ejemplos de los párrafos 14 a 21 podrían beneficiarse de las aclaraciones mencionadas más arriba, en el párrafo 28 f), resultaban útiles para aclarar el alcance y la incidencia de la aplicación del apartado b) de la recomendación 4. También se argumentó que esos ejemplos contribuían a aclarar los límites de una armonización o modernización del régimen de las operaciones garantizadas y, en particular, la necesidad de armonizar o de modernizar el régimen de la propiedad intelectual (lo cual, según se dijo, no entraba en el mandato del Grupo de Trabajo), a fin de lograr resultados óptimos en lo que respecta a la financiación mediante propiedad intelectual.

31. Se sugirió también que los ejemplos se insertaran en las partes pertinentes del proyecto de anexo (por ejemplo, en las relativas a la oponibilidad a terceros, la inscripción registral, la prelación o la ejecución de las garantías reales). Esta sugerencia no recibió suficiente apoyo, pues se estimó en general que el lugar de inserción de los ejemplos era apropiado y contribuía a explicar los límites del ámbito de aplicación; además, complementaba útilmente el análisis general sobre la relación entre el régimen de las operaciones garantizadas y el régimen de la propiedad intelectual, que figuraba en la sección B de la Introducción (véase A/CN.9/WG.VI/WP.37, párrafos 9 a 14).

32. A reserva de los cambios mencionados en el párrafo 28 *supra*, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección B.1, relativa al amplio ámbito de aplicación del proyecto de anexo.

2. Aplicación del principio de la autonomía de las partes a las garantías reales sobre propiedad intelectual

33. Si bien algunas delegaciones respaldaron el principio de la autonomía de las partes, se formularon varias sugerencias, como las siguientes:

a) Convendría revisar el párrafo 23 agregándole un ejemplo de la aplicación del principio de la autonomía de las partes en un contexto de financiación por medio de propiedad intelectual, a modo de introducción general a los asuntos que se analizan en el capítulo VII, relativo a los derechos y obligaciones de las partes (véase A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, párrafos 19 a 22);

b) Habría que revisar el párrafo 24 a fin de tratar la cuestión de si las partes podrían convenir en que las cuestiones de los daños y perjuicios por todo incumplimiento, así como el lucro cesante y la pérdida de valor de la propiedad intelectual gravada, formaban parte de la propiedad intelectual inicialmente gravada o si en la Guía debían considerarse producto de tal propiedad, siempre y cuando ello no fuera en contra del régimen de la propiedad intelectual.

34. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección B, relativa a la aplicación del principio de la autonomía de las partes a las garantías reales sobre propiedad intelectual.

C. Constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1)

1. Los conceptos de constitución de una garantía real y de su oponibilidad a terceros

35. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección A, relativa a los conceptos de la constitución de una garantía real y de su oponibilidad a terceros.

2. Concepto unitario de la garantía real

36. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección B, relativa al concepto unitario de la garantía real.

3. Requisitos para la constitución de una garantía sobre propiedad intelectual

37. Se expresaron opiniones divergentes acerca del grado de especificidad que debía tener la descripción de la propiedad intelectual gravada que se hiciera en el acuerdo de garantía.

38. Una delegación consideró que el concepto de propiedad intelectual se diferenciaba del de los bienes corporales y de los derechos de autor pues, por ejemplo, incluía toda una serie de derechos que debían describirse con precisión en el acuerdo de garantía. Se estimó que, de adoptarse este enfoque, se contribuiría a dar seguridad jurídica pero, al mismo tiempo, se permitiría que el titular de derechos de autor utilizara las partes no gravadas del conjunto de derechos que tuviera con el fin de obtener crédito de otras fuentes. Se puso de relieve que ese derecho tenía una importancia fundamental para garantizar que el titular de derechos de autor pudiera obtener crédito.

39. Según otra delegación, dado que los derechos de propiedad intelectual eran divisibles, las partes siempre podían dividirlos y utilizarlos para obtener crédito de distintas fuentes, conservando al mismo tiempo cierto grado de discreción en la forma de describir los bienes gravados en un acuerdo de garantía. Se observó que la descripción general de los bienes gravados facilitaba su utilización como medio de garantía para obtener crédito y constituía un requisito mínimo, con lo cual las partes podían, siempre que lo desearan, describir los bienes gravados de forma más concreta. Se señaló asimismo que, a menos que fuera necesario proteger a ciertas partes (como al deudor o a terceros), no había necesidad de que el régimen pusiera trabas a la libertad de las partes en la formulación del acuerdo de garantía.

40. Se opinó también que, en virtud del apartado d) de la recomendación 14, los bienes gravados debían describirse en el acuerdo de garantía de modo tal que no resultara oneroso determinar cuáles eran esos bienes. Según una opinión muy extendida, ese criterio (que era también el criterio para la descripción de los bienes gravados en la notificación inscrita conforme a la recomendación 63) era suficientemente flexible para permitir que se diera una descripción general o menos general de los bienes gravados en función de lo que en el régimen pertinente y en la práctica se considerara una descripción de los bienes que fuera “razonable”, es decir, que permitiera determinar cuáles eran esos bienes. Se observó también que el apartado b) de la recomendación 4 sería suficiente para preservar toda regla contraria del régimen de la propiedad intelectual.

41. Durante el debate se sugirió que en el proyecto de anexo se normalizaran las referencias al régimen preservado conforme a la recomendación 4 b). Se replicó que la expresión "derecho interno de la propiedad intelectual" (o régimen de la propiedad intelectual) tenía precisamente la finalidad de cumplir este objetivo. Si bien la sugerencia y la réplica obtuvieron un amplio apoyo, se convino en que se revisara el análisis pertinente que figuraba en la sección de terminología para que esa cuestión quedara suficientemente aclarada y para que la mencionada expresión se empleara de manera coherente y uniforme en todo el texto del proyecto de anexo.

42. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que se hiciera referencia a la posibilidad de determinar con suficiente (razonable) seguridad los bienes gravados en el acuerdo de garantía (véase el apartado d) de la recomendación 14), que variaría en función de lo que se considerara suficiente o razonable en el régimen pertinente o en la práctica. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección C, relativa a los requisitos para la constitución de una garantía sobre propiedad intelectual.

4. Derechos del otorgante sobre la propiedad intelectual que vaya a gravarse

43. Con respecto al párrafo 33, el Grupo de Trabajo recordó que, según lo acordado, habría que sustituir, en todo el proyecto de anexo, la expresión "propietario o titular de menor rango" por referencias directas a un "licenciante" o a un "licenciatario" (véase el párrafo 19 a) *supra*). A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección D, relativa a los derechos del otorgante sobre la propiedad intelectual que vaya a gravarse.

5. Distinción entre un acreedor garantizado por propiedad intelectual y el propietario del derecho gravado

44. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección E, relativa a la distinción entre un acreedor garantizado por propiedad intelectual y el propietario del derecho gravado.

6. Tipos de propiedad intelectual gravable

a) Derechos de un propietario

45. A este respecto se formularon varias propuestas de redacción, como las siguientes:

a) Convendría ajustar el texto que figuraba entre paréntesis al final del párrafo 37 al de la versión revisada de la sección C (véase el párrafo 42 *supra*);

b) Habría que suprimir las palabras "a cambio del pago de regalías", que figuraban al final del párrafo 39;

c) Habría que revisar el párrafo 41 a fin de dejar claro si: i) la cuestión de si el derecho a demandar a todo infractor (solicitando un mandamiento judicial e indemnización) constituía un bien corporal se regía por legislación distinta del régimen de las operaciones garantizadas, y ii) de ser ese derecho un bien corporal, la cuestión de si ese bien podía estar sujeto a una garantía real se regía por el régimen de las operaciones garantizadas, en virtud de la recomendación 4 b);

d) Habría que revisar el párrafo 42 con el fin de dejar claro que el derecho del acreedor garantizado a demandar a los infractores (en nombre del otorgante) antes de todo incumplimiento por parte de este constituía una consecuencia del derecho a proteger el bien gravado, cuestión que ya se analizaba en el capítulo VII del proyecto de anexo, relativo a los derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía (véase A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, párrafos 19 a 22); y

e) Habría que revisar el párrafo 43 para aludir a los tratos mantenidos por el acreedor garantizado con las autoridades nacionales durante las diversas etapas del proceso de inscripción registral, en vez de hacer referencia a la "inscripción" de un derecho de propiedad intelectual ya inscrito.

46. Se sugirió asimismo que los párrafos 41 y 42 fueran suprimidos o que se insertaran en otra parte del proyecto de guía. Se sostuvo que el derecho a demandar a los infractores y la posibilidad de obtener una indemnización constituían un bien de valor indeterminado que no podía utilizarse como garantía para respaldar un crédito. Se observó también que, por lo común, el acreedor garantizado únicamente podía ejercer ese derecho después de que el otorgante hubiera incumplido su obligación en el contexto de la ejecución de su garantía real. Esta sugerencia no obtuvo apoyo suficiente. Se argumentó que el valor de un bien gravado y los riesgos que entrañaba eran cuestiones de orden práctico que debían dejarse al arbitrio de las partes. Se observó asimismo que un acreedor garantizado podía también ejercitar el derecho a demandar a los infractores siempre que el otorgante le reconociera ese derecho o cuando el otorgante no ejerciera tal derecho.

47. A reserva de los cambios mencionados más arriba (véase el párrafo 45), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección F.1, relativa a los derechos de un propietario como bien gravado.

b) Derechos de un licenciante

48. A este respecto se formularon varias propuestas de redacción, como las siguientes:

a) Habría que revisar las dos primeras frases de los párrafos 45 y 47 para dejar claro que el derecho al cobro de regalías constituía el bien gravado original cuando el otorgante fuera un licenciante, y que no constituía el producto de tal derecho;

b) En la sección en que se analizan los derechos de un propietario como bien gravado habría que puntualizar que el derecho al cobro de regalías podía constituir el producto de la propiedad intelectual inicialmente gravada;

c) En el párrafo 47, habría que complementar la referencia a las reglas de contabilidad internacionales con información que justificara por qué eran importantes en el contexto de la propiedad intelectual, o habría que suprimir tal referencia;

d) En la versión inglesa de varios párrafos, como los párrafos 47 y 48, habría que sustituir los términos "the right to royalties" (el derecho a regalías) por palabras como "right to payment of royalties" (derecho al cobro de regalías); y

e) Habría que revisar las dos últimas frases del párrafo 51 a fin de evitar incoherencias y referencias a cuestiones relativas al régimen de la insolvencia

aludiendo al hecho de que un licenciante tal vez no estaría en condiciones de controlar los pagos de regalías conforme a acuerdos bilaterales pero que podrían adeudársele tales pagos.

49. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección F.2, relativa a los derechos de un licenciante como bien gravado.

c) Derechos de un licenciatario

50. A este respecto se formularon varias propuestas de redacción, como las siguientes:

a) Habría que revisar los párrafos 53 y 54 concentrando sus textos en los derechos de un licenciatario y dejando que las cuestiones que se plantearan en el caso de que el licenciatario fuera un sublicenciante se abordaran en la sección relativa a los derechos de un licenciante; y

b) Habría que revisar las frases segunda y tercera del párrafo 54 sustituyendo su texto por palabras del siguiente tenor: "La razón de ser de dicha regla es que es importante que el licenciante retenga su control de la propiedad intelectual licenciada y pueda controlar también quién podrá utilizarla. De no ejercerse tal control, podría mermarse o perderse totalmente el valor de la propiedad intelectual licenciada. Si los derechos de un licenciatario en virtud de un acuerdo de licencia son transferibles y si el licenciatario constituye una garantía sobre ellos, el acreedor garantizado adquirirá los derechos del licenciatario quedando sujeto a lo que estipulen las cláusulas del acuerdo de licencia".

51. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección F.3, relativa a los derechos de un licenciatario como bien gravado.

d) Derechos sobre la propiedad intelectual utilizada respecto de un bien corporal

52. A este respecto se formularon varias propuestas de redacción, como las siguientes:

a) Habría que revisar el título de esta sección para que dijera "Derechos sobre bienes corporales respecto de los cuales se utilice propiedad intelectual";

b) Habría que revisar los párrafos 56 y 57 de modo que se hiciera una distinción entre las situaciones en que el fabricante de los bienes corporales gravados fuera el titular de la propiedad intelectual (en cuyo caso el bien gravado sería la propiedad intelectual) y las situaciones en que el fabricante fuera el licenciatario (en cuyo caso el bien gravado formaría parte de los derechos del licenciatario);

c) En el párrafo 58 debería hacerse referencia a la "doctrina" o al "principio" del agotamiento y, al mismo tiempo, hacerse una remisión al capítulo relativo a la ejecución de garantías reales; y

d) Habría que revisar la recomendación enunciada en el párrafo 59 de modo que dijera: "El régimen debería disponer que, en el caso de un bien corporal respecto del cual se utilice propiedad intelectual, ...".

53. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección F.4, relativa a los derechos sobre bienes corporales respecto de los cuales se utilice propiedad intelectual (título enmendado).

7. Garantías reales sobre propiedad intelectual futura

54. Se sugirió que se revisara el texto de la penúltima frase del párrafo 63, a fin de aclarar el concepto de "mejoras", disponiéndose que, en algunos Estados, conforme a la legislación aplicable a los derechos de autor, toda garantía real sobre una versión antigua de programas informáticos podría hacerse extensiva a una nueva versión de dichos programas. A este respecto se respondió que habría que actuar con cautela, pues la forma en que se regulaba esta cuestión variaba de un Estado a otro. Se observó también que el análisis que figuraba en la sección G era apropiado, por cuanto ponía de relieve que el hecho de que una garantía real se hiciera extensiva a propiedad intelectual futura dependía de la descripción del bien gravado, remitía a las prohibiciones legislativas dimanantes del régimen de la propiedad intelectual pertinente y explicaba que tales prohibiciones no se veían afectadas por la Guía. A reserva de la aclaración del concepto de "mejoras" en el régimen de la propiedad intelectual, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección G, relativa a las garantías reales sobre propiedad intelectual futura.

8. Limitaciones legales o contractuales de la transferibilidad de un derecho de propiedad intelectual

55. Se consideró que, en la tercera frase del párrafo 65, las palabras "al menos antes de que el autor haya realmente cobrado la suma pertinente" eran innecesarias, por lo que deberían suprimirse. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección H, relativa a las limitaciones legales o contractuales de la transferibilidad de un derecho de propiedad intelectual.

D. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2)

1. El concepto de la oponibilidad a terceros

56. Se sugirió que, en aras de la coherencia, en la primera frase del párrafo 2 se emplearan los términos "en algunos Estados" y que, en la segunda frase, se agregaran las palabras "en otros Estados". También se estimó que la última frase del párrafo 3 era innecesaria, por lo que debería suprimirse. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección A, relativa al concepto de la oponibilidad a terceros.

2. Oponibilidad a terceros de una garantía sobre propiedad intelectual inscribible en un registro de la propiedad intelectual

57. Con respecto al párrafo 4 se sugirió que se revisara con el fin de aclarar que, en virtud de la Guía, solo los registros que aseguraran la oponibilidad de garantías reales a terceros podrían considerarse registros especiales. Varias delegaciones se adhirieron al principio que propugnaba esa sugerencia. No obstante, según la opinión general la idea no debería expresarse en función del criterio técnico limitado de la oponibilidad a terceros, sino teniendo en cuenta conceptos más

amplios como el del acceso público a la información inscrita en el registro a fin de garantizar que, por ejemplo, no se minaran los registros especiales sobre buques, aeronaves o propiedad intelectual que previeran la oponibilidad en general, al tiempo que los registros que cumplieran fines puramente administrativos no se consideraran registros especiales en el sentido de la Guía. Se sugirió también que se reorganizaran las secciones B y C, a fin de que reflejaran con mayor claridad las tres posibles variantes, es decir, los registros especiales con efectos de oponibilidad, los registros especiales sin tales efectos y los registros especiales con efectos de oponibilidad en los que, sin embargo, el acreedor garantizado no se inscribiera.

58. Con respecto a los párrafos 5 y 6, se sugirió que se revisaran para indicar que la inscripción en un registro especial surtía efectos diferentes de un Estado a otro y que, en muchos casos, los resultados no estaban claros.

59. Respecto del párrafo 7 se sugirió que se suprimieran o se explicaran las frases que aludían a lo que no debería ser la finalidad de la Guía. La sugerencia de que se explicaran los motivos que justificaban el enfoque de la Guía obtuvo un amplio respaldo; en cambio, la sugerencia de que se suprimieran esas frases no recibió suficiente apoyo. Se propuso también que la última frase se complementara con una nueva frase que previera que los Estados tal vez desearan que la inscripción de garantías reales sobre propiedad intelectual se efectuara únicamente en el registro general de las garantías reales. Esta propuesta no obtuvo suficiente apoyo, por considerarse que podría dar a entender que se recomendaba un enfoque que sería contrario a las opciones enunciadas en la recomendación 38. Sin embargo, una amplia mayoría de delegaciones apoyaron la sugerencia de que la última frase del párrafo 7 se supeditara a la existencia de un registro especial de la propiedad intelectual y de que, al adoptar una decisión, el Estado promulgante recomendara que en la Guía se hiciera uso de las opciones ofrecidas en la recomendación 38.

60. A reserva de los cambios arriba mencionados, que recibieron suficiente apoyo, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección B, relativa a la oponibilidad a terceros de una garantía sobre propiedad intelectual inscribible en un registro de la propiedad intelectual.

3. Oponibilidad a terceros de las garantías sobre propiedad intelectual no inscribibles en un registro de la propiedad intelectual

61. Con respecto al párrafo 8 se sugirió que la tercera frase se trasladara al final del párrafo, pues se refería al párrafo en su conjunto. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección C, relativa a la oponibilidad a terceros de las garantías sobre propiedad intelectual no inscribibles en un registro de la propiedad intelectual.

E. Sistema de inscripción registral (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2)

1. Registro general de las garantías reales

62. Con respecto a los párrafos 10 y 11, se consideró que debería ser posible inscribir, en el registro general de las garantías reales, una notificación con una descripción general o específica de la propiedad intelectual gravada. Se propugnó que en el registro figurara un índice del tipo de bienes inscritos, a fin de que los

usuarios pudieran encontrar las inscripciones de un conjunto de derechos de propiedad intelectual gravada o derechos concretos de propiedad intelectual. Se observó asimismo que habría que introducir las consiguientes enmiendas en los capítulos relativos a la oponibilidad a terceros y a la prelación. Esta sugerencia suscitó opiniones divergentes. No obstante, habida cuenta de que la sugerencia podría tener notables repercusiones en los enfoques que se recomendaban en varios capítulos de la Guía, el Grupo de Trabajo decidió aplazar su examen hasta que hubiera tenido la oportunidad de estudiar una propuesta general al respecto que figurara por escrito. A reserva de lo que decidiera ulteriormente acerca de esa propuesta, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección A, relativa al registro general de las garantías reales.

2. Registros destinados a ciertas categorías de propiedad intelectual

63. Respecto del párrafo 13, se sugirió que, de conformidad con la decisión anteriormente adoptada al debatirse los límites del alcance del proyecto de anexo (véase el párrafo 28 c) *supra*), se aludiera a los "copropietarios", y no a los "coinventores". A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección B, relativa a los registros destinados a ciertas categorías de propiedad intelectual.

3. Coordinación de registros

64. Con respecto al párrafo 15, se sugirió que en él se hiciera una distinción entre los registros que, en virtud de la Guía, podían calificarse de registros especiales y los que no cumplían los requisitos para ello (véase el párrafo 57 *supra*).

65. Con respecto al párrafo 18, se sugirió que en la última frase se hiciera referencia a la preservación de las distintas reglas de derecho sobre prelación en lo que respecta a la propiedad intelectual (por ejemplo, una regla en virtud de la cual un comprador de propiedad intelectual que tuviera conocimiento de la existencia de una garantía real anterior no adquiriría la propiedad intelectual libre del gravamen de dicha garantía).

66. Respecto del párrafo 19, se sugirió que fuera revisado para que no diera a entender que en el proyecto de anexo se recomendaba la utilización de múltiples registros.

67. A reserva de esos cambios sugeridos, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección C, relativa a la coordinación de registros.

4. Inscripción de avisos acerca de las garantías constituidas sobre derechos de propiedad intelectual futuros

68. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección D, relativa a la inscripción de avisos acerca de las garantías constituidas sobre derechos de propiedad intelectual futuros.

5. Inscripción o consulta en dos registros

69. Con respecto al párrafo 23 se sugirió que se hiciera referencia a los registros especiales que surtían los efectos convenidos por el Grupo de Trabajo en el contexto de las deliberaciones que mantuvo acerca de la sección B del capítulo relativo a la oponibilidad a terceros (véase el párrafo 57 *supra*). Se sugirió también que tal vez

sería útil hacer un análisis de los costos que entrañaba la inscripción en un registro de la propiedad intelectual y en un registro general de las garantías reales, a fin de evaluar así los efectos que tendría la inscripción y la consulta en uno de los dos registros o en ambos. Se convino en que el Grupo de Trabajo examinara esa información en una ulterior reunión. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección E, relativa a la inscripción o consulta en dos registros.

6. Fecha de validez de la inscripción

70. Con respecto al párrafo 28, se convino en que, en la primera frase, después de las palabras "los sistemas de registros especiales", se insertaran las palabras "regulados por el régimen de la propiedad intelectual", a fin de aclarar que las reglas mencionadas en ese párrafo eran reglas del régimen de la propiedad intelectual que, conforme al apartado b) de la recomendación 4, tendrían primacía sobre el régimen recomendado en la Guía.

7. Repercusión de la transferencia de un derecho de propiedad intelectual gravado sobre la validez de la inscripción

71. Respecto del párrafo 32 se estimó que debería aplicarse la tercera variante a la propiedad intelectual, de modo que una transferencia de propiedad intelectual gravada no repercutiera en la oponibilidad a terceros de una garantía real constituida sobre dicha propiedad intelectual. Este parecer suscitó opiniones a favor y en contra. A favor de la idea se argumentó que sin tal regla un acreedor garantizado que otorgara un crédito respaldado por la totalidad de los derechos de autor sobre una película se vería obligado a efectuar continuas inscripciones respecto de los sucesivos licenciatarios y sublicenciatarios (cuando una licencia se considerara una transferencia en virtud del régimen de la propiedad intelectual). Se señaló asimismo que, en tal caso, se impondría una engorrosa carga de supervisión a los financiadores de la propiedad intelectual que podría restar incentivos a la concesión de créditos respaldados por tales bienes. En contra de la propuesta, se observó que no había ningún motivo que justificara la adopción de un enfoque diferente al que se había seguido en la Guía con respecto a los bienes que no fueran propiedad intelectual. Además, se argumentó que, de adoptarse ese enfoque, los prestamistas de un cesionario o licenciatario en una cadena de cesionarios o licenciatarios no podrían comprobar la existencia de una garantía real constituida por una persona que formara parte de esa cadena y que no fuera su otorgante. A reserva de que se agregara, entre corchetes, una recomendación del tenor sugerido para que fuera examinada en un futuro período de sesiones, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección G, relativa a la repercusión de la transferencia de un derecho de propiedad intelectual gravado sobre la validez de la inscripción.

8. Inscripción de las garantías sobre marcas comerciales

72. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección H, relativa a la inscripción de las garantías sobre marcas comerciales.

F. Prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2 y Add.3)

1. El orden de prelación

73. Con respecto al párrafo 43 se sugirió que fuera revisado a fin de ajustar las menciones del significado del concepto de "prelación" a la explicación que se daba de él en la sección de terminología de la Guía, y para aclarar que los conflictos entre dos partes, ninguna de las cuales fuera un acreedor garantizado, no entraban en el ámbito de la Guía, independientemente de la regla *nemo dat* (nadie da derechos que no tenga). A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección A, relativa al orden de prelación.

2. Identificación de los reclamantes concurrentes

74. Respecto del párrafo 45 se sugirió que fuera revisado a fin de aclarar que el hecho de que las transferencias de propiedad intelectual realizadas con fines de garantía entraran en el ámbito de la Guía no constituía una excepción, ya que tales operaciones eran asimiladas a operaciones garantizadas en la Guía, y no a verdaderas transferencias, y para ajustar a su texto la referencia a la recomendación 4 b). A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección B, relativa a la identificación de los reclamantes concurrentes.

3. Importancia del conocimiento que se tenga de una transferencia o gravamen anterior

75. Respecto del párrafo 46 se estimó que la referencia al apartado a) de la recomendación 81 debería ajustarse más a los términos de la misma ("vendidos en el curso normal de los negocios del vendedor ... se hace en violación de los derechos del acreedor garantizado a raíz de un acuerdo de garantía"); también se sugirió que, para armonizar el sentido de las frases segunda y tercera, se invirtiera su orden. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección C, relativa a la importancia del conocimiento que se tenga de una transferencia o gravamen anterior.

4. Prelación de una garantía inscrita en un registro de la propiedad intelectual

76. Respecto del párrafo 49, se sugirió que, en la primera frase, se suprimieran las palabras "u otro derecho", dado que en las recomendaciones 77 y 78 solo se hacía referencia a una garantía real inscrita o no en el registro especial. Se sugirió asimismo que la regla de prelación fuera supeditada a la inscripción de una garantía real en un registro especial que, conforme a la Guía, fuera reconocido como tal.

77. Con respecto a las últimas frases de los párrafos 50 y 51, se sugirió que, para evitar incoherencias, fueran revisadas.

78. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección D, relativa a la prelación de una garantía inscrita en un registro de la propiedad intelectual.

5. Prelación de una garantía real no inscribible o no inscrita en un registro de la propiedad intelectual

79. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección E, relativa a la prelación de una garantía real no inscribible o no inscrita en un registro de la propiedad intelectual.

6. Derechos reconocidos al cesionario de propiedad intelectual gravada

80. Se observó que, una vez que el Grupo de Trabajo hubiera adoptado una decisión sobre el apartado c) de la recomendación 81, habría que reajustar las referencias que se hacían a la recomendación 81 en el párrafo 55. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección F, relativa a los derechos reconocidos al cesionario de propiedad intelectual gravada.

7. Derechos de los licenciatarios en general

81. Con respecto al párrafo 3, se sugirió que su texto fuera revisado con el fin de puntualizar que:

a) el acreedor garantizado no podría cobrar créditos gravados antes del incumplimiento del otorgante, a menos que el otorgante y el acreedor garantizado hubieran acordado otra cosa;

b) el acreedor garantizado del licenciante que ejecute su garantía real podría vender la licencia o conceder otra licencia libre del gravamen de la licencia preexistente, y no como licenciante sino en nombre del licenciante.

82. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección G, relativa a los derechos de los licenciatarios en general.

8. Derechos de algunos licenciatarios

83. El Grupo de Trabajo examinó dos variantes para una recomendación sobre el tema de si, en determinadas circunstancias, un licenciatario sin derechos exclusivos debería adquirir su licencia libre del gravamen de la garantía real constituida por el licenciante y de si, a raíz de ello, y en caso de incumplimiento por parte del titular, el licenciatario debería tener derecho a cobrar las regalías, pero no a revocar el acuerdo de licencia (véase A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, párrafo 10, nota para el Grupo de Trabajo).

84. Una amplia mayoría de delegaciones se declaró partidaria del contenido de la variante A. Se estimó que la recomendación debería tratar la cuestión concreta que se mencionaba sobre la relación entre el acreedor garantizado, como acreedor garantizado (y no como titular o propietario o como persona con derecho a ejercitar los derechos del propietario), y el licenciatario en virtud del régimen de la propiedad intelectual, sin que ello afectara a la relación entre el titular y el licenciatario ni a los derechos y remedios que tuviera el propietario o el acreedor garantizado en virtud del régimen de la propiedad intelectual. En cuanto al enunciado concreto de la variante A, muchas delegaciones apoyaron la limitación de su alcance para que quedaran abarcadas las operaciones como las adquisiciones directas (*off-the-shelf*) de copias de programas informáticos amparados por derechos de autor o de grupos de patentes utilizadas con respecto a bienes de equipo. En

general se consideró que esas operaciones comprendían la concesión masiva de licencias directas de propiedad intelectual y que no había una venta masiva directa de propiedad intelectual. Se señaló también que convendría evitar referirse al concepto del curso ordinario de los negocios, ya que esa expresión no solía emplearse en los regímenes de la propiedad intelectual.

85. Algunas delegaciones respaldaron la variante B. Concretamente, se estimó que, dado que hacía referencia al requisito de que el acreedor garantizado autorizara al propietario a otorgar licencias libres del gravamen de la garantía real, la variante B resultaba más apropiada. También se observó que podría dejarse en manos de la legislación sobre protección del consumidor la cuestión del amparo de los compradores en operaciones directas. Sin embargo, según la opinión general, era innecesario hacer referencia a que el licenciatario adquiriera su licencia libre del gravamen de la garantía real del acreedor garantizado del propietario solamente si el acreedor garantizado hubiera autorizado al propietario a conceder licencias libres de todo gravamen, pues ya se hacía referencia a ello en la recomendación 80 b). Se observó asimismo que, en la medida en que el resto de la variante B creaba una presunción rebatible de que el hecho de que el acreedor garantizado hubiera autorizado al propietario a otorgar licencias libres del gravamen de la garantía real podía perjudicar los derechos de un acreedor garantizado, ello podría mermar la capacidad del propietario para utilizar su propiedad intelectual con miras a obtener crédito. Además, se señaló que, si bien era indudable que las operaciones realizadas por consumidores quedarían abarcadas por la variante A, también entrarían en su ámbito otras operaciones y, en cualquier caso, esa cuestión solía regularse en los regímenes de las operaciones garantizadas, más que en la legislación sobre la protección del consumidor.

86. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada de la variante A con observaciones pertinentes, en que se reflejara el mencionado acuerdo al que había llegado el Grupo de Trabajo (véase el párrafo 84).

9. Prelación de una garantía otorgada por el licenciante frente a una garantía otorgada por un licenciatario

87. Se observó que, en caso de un conflicto de prelación entre una garantía real constituida por un licenciante y una garantía real otorgada por el licenciatario, la garantía del acreedor garantizado del licenciatario prevalecería sobre la del acreedor garantizado del licenciante, a menos que el acreedor garantizado del licenciatario inscribiera una notificación de su garantía real en el registro general de las garantías reales, mientras que el acreedor garantizado del licenciante inscribiera un documento o una notificación de su garantía real en el registro pertinente de la propiedad intelectual. Se señaló asimismo que cuando los derechos sobre la propiedad intelectual gravada no fueran inscribibles en un registro de la propiedad intelectual que se reconociera como registro especial en virtud de la Guía, la prelación sería determinada por el orden de inscripción de la notificación de la garantía real en el registro general de las garantías reales (véanse las recomendaciones 76 a 78).

88. Además, se observó que el licenciante podía proteger sus derechos, por ejemplo: a) prohibiendo al licenciatario que cediera u otorgara una garantía real sobre su derecho frente a los sublicenciatarios al cobro de regalías adeudadas en virtud de acuerdos de sublicencia; b) revocando la licencia cuando el licenciatario cediera sus

derechos al cobro de regalías frente a los sublicenciatarios en violación de esa prohibición; c) conviniendo en que todo sublicenciatario pagara sus subregalías directamente al licenciante; d) exigiendo al acreedor garantizado del licenciatario que celebrara un acuerdo de subordinación con el acreedor garantizado del licenciante; o e) obteniendo una garantía real sobre los derechos al cobro de regalías del licenciatario frente a sus sublicenciatarios.

89. Sin embargo, se sostuvo que ninguno de los medios mencionados brindaba una protección suficiente, dado que: a) las prohibiciones o revocaciones de contratos iban en contra del interés económico de las partes y no resultaban suficientes cuando hubiera habido una violación de un acuerdo de licencia que perjudicara a la propiedad intelectual pertinente; b) los acuerdos cerrados (*lock-box*) no constituían un medio eficiente para abordar el problema y no eran fáciles de concertar para las partes; c) del mismo modo, tampoco era fácil obtener acuerdos de subordinación; y d) la prelación de una garantía real del licenciante frente a otra garantía real otorgada por el licenciatario sobre los mismos derechos al cobro de regalías estaría sujeta a las reglas generales de prelación basadas en el orden de inscripción.

90. Además, se observó que, cuando el bien gravado fuera un bien corporal, la garantía real podría considerarse una garantía real con fines de adquisición, a consecuencia de lo cual el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista podrían obtener prelación sobre el acreedor garantizado de un comprador, un arrendatario financiero o un prestatario, aun cuando el vendedor, el arrendador financiero o el prestamista hubieran inscrito sus garantías en segundo lugar.

91. A este respecto, se sugirió que las operaciones de financiación de adquisiciones respecto de propiedad intelectual fueran tratadas de modo similar a las operaciones de financiación con fines de adquisición de bienes corporales. Se mencionaron varias operaciones que deberían tratarse de tal modo, como: a) las operaciones en las que el prestamista financiara la investigación para la elaboración de un producto farmacéutico adquiriendo la garantía sobre los créditos que se derivaran de las futuras ventas del producto patentado; b) las operaciones en que un prestamista financiara la adquisición de propiedad intelectual a cambio de una garantía real sobre la propiedad intelectual y los futuros pagos de regalías derivados de acuerdos de licencia; y c) las operaciones en las que un prestamista financiara la adquisición de una licencia de propiedad intelectual a cambio de una garantía real sobre los futuros pagos de subregalías (este prestamista podría ser un tercero o también el propio licenciante).

92. Se sugirió que en todas estas operaciones el acreedor garantizado del titular de la propiedad intelectual o del licenciante gozara de la prelación especial asignada a un financiador de adquisiciones, siempre y cuando ese acreedor garantizado inscribiera una notificación de su garantía real en el registro general de las garantías reales en un breve plazo a partir de la "entrega" de la propiedad intelectual al comprador o de la concesión de la licencia al licenciatario. En apoyo de esa sugerencia, se observó que el acreedor garantizado del propietario o el licenciante merecían ese trato, ya que sin esa financiación inicial no se podría crear ningún bien ni ningún valor para que otros financiadores adquirieran una garantía real al respecto.

93. Si bien esta sugerencia suscitó cierto interés, la mayoría de las delegaciones consideró que no había una total similitud con la financiación de adquisiciones

respecto de bienes corporales; tampoco existía una práctica muy difundida de operaciones de financiación mediante propiedad intelectual, como las ventas con retención de la titularidad o los arrendamientos financieros de bienes corporales. También se estimó en general que, en cualquier caso, toda analogía entre propiedad intelectual y bienes corporales daría lugar a que la prelación especial se hiciera extensiva a la garantía real sobre la propiedad intelectual inicialmente gravada y no sobre su producto en efectivo, pues tal era la regla para las garantías reales de adquisiciones de existencias. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en examinar esa sugerencia en un futuro período de sesiones basándose para ello en una propuesta escrita que prepararía un Estado (véase el párrafo 24 *supra*).

10. Prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual frente al derecho de un acreedor judicial

94. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección J, relativa a la prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual frente al derecho de un acreedor judicial.

11. Subordinación

95. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección K, relativa a la subordinación.

G. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía constituida sobre propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3)

1. Aplicación del principio de la autonomía contractual

96. Un gran número de delegaciones respaldó el principio de la autonomía de las partes, a reserva de las limitaciones concretas que introdujera el régimen de la propiedad intelectual. En cuanto al enunciado concreto del comentario pertinente, se formularon varias sugerencias. En particular, se sugirió que se dieran otros ejemplos de la aplicación del principio de la autonomía de las partes en un contexto de financiación mediante propiedad intelectual. Entre los ejemplos mencionados cabe destacar: el derecho del acreedor garantizado a limitar el derecho del propietario a otorgar licencias (y, en particular, licencias exclusivas) sin el consentimiento del acreedor garantizado (véase el párrafo 20 *supra*); y el derecho del acreedor garantizado del propietario a cobrar las regalías adeudadas al licenciante incluso antes de un incumplimiento por parte del propietario. Esta sugerencia obtuvo un apoyo suficiente.

97. Se sugirió también que se formularan reglas para reglamentar esas cuestiones, que fueran aplicables cuando las partes no hubieran acordado otra cosa. Esta sugerencia suscitó objeciones. Según la opinión general, sería difícil formular reglas de esa índole que se adecuaran a todos los diversos tipos de operaciones de financiación mediante propiedad intelectual y se dijo que, en cualquier caso, esta cuestión debería dejarse al arbitrio de la autonomía de las partes.

98. A reserva del cambio mencionado más arriba que obtuvo apoyo suficiente (véase el párrafo 96 *supra*), el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección A, relativa a la aplicación del principio de la autonomía contractual.

2. Legitimación del acreedor garantizado para enjuiciar a un infractor del derecho gravado o para renovar su inscripción registral

99. Las delegaciones apoyaron ampliamente el derecho del otorgante y del acreedor garantizado a convenir en que el acreedor garantizado pudiera demandar a los infractores y renovar sus inscripciones, a menos que ello estuviera prohibido por el régimen de la propiedad intelectual, y también se apoyó la idea de que en el proyecto de anexo se incluyeran un comentario y una recomendación al respecto. En cuanto al enunciado concreto de esa recomendación se expresaron opiniones divergentes. Por una parte, se sostuvo que la recomendación debería formularse en términos amplios, a fin de que las partes pudieran convenir en quién podría demandar a los infractores y renovar sus inscripciones y determinar en qué circunstancias podría hacerlo el acreedor garantizado. Por otra parte, se opinó que la recomendación debería formularse en términos más limitados, disponiendo que el régimen no impedía que las partes convinieran en que el acreedor garantizado podría demandar a los infractores y renovar sus inscripciones y disponiendo también en qué circunstancias podría hacerlo el acreedor garantizado.

100. Se sugirió también que en el comentario se analizara la revocación y limitación de patentes y el enfoque adoptado en muchos ordenamientos jurídicos, donde el titular de la patente no tenía derecho a revocar ni a limitar la patente gravada sin el consentimiento del acreedor garantizado. Esta sugerencia obtuvo un respaldo suficiente.

101. Además, el Grupo de Trabajo examinó el comentario y la recomendación relativa a la cuestión de si un acreedor garantizado podía demandar a los infractores si el titular de la propiedad intelectual no lo hacía una vez transcurrido un plazo suficiente o razonable tras la solicitud formulada por el acreedor garantizado. No se apoyó la formulación de una recomendación de ese tenor. Según la opinión general, ese tipo de recomendación podría poner trabas al régimen de la propiedad intelectual. Se sostuvo también que tal recomendación no resultaría clara y causaría confusión, pues sería difícil determinar lo que constituiría un período o plazo suficiente o razonable en ausencia de acuerdo entre las partes.

102. No obstante, hubo suficientes delegaciones que apoyaron la idea de que la cuestión se tratara en el comentario, siempre y cuando se hiciera referencia a la solicitud presentada al otorgante por el acreedor garantizado. Se opinó que: a) si el otorgante aceptaba la solicitud, el acreedor garantizado estaría facultado para ejercer esos derechos del otorgante sin el consentimiento expreso de este; b) si el otorgante no respondiera, el acreedor garantizado estaría facultado para ejercer esos derechos del otorgante con el consentimiento implícito de este; y c) si el otorgante rechazaba la solicitud, el acreedor garantizado no estaría facultado para ejercitar esos derechos del otorgante. Se sugirió asimismo que en el comentario se analizara también la posibilidad de que, si el otorgante no ejercía sus derechos a demandar a los infractores o a renovar sus inscripciones, el acreedor garantizado podría considerar que tal omisión constituía un incumplimiento y podría ejercer recursos para hacer

ejecutar su garantía real sobre la propiedad intelectual gravada, en vez de demandar a los infractores.

103. A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección B, relativa a la legitimación del acreedor garantizado para enjuiciar a un infractor del derecho gravado o para renovar su inscripción registral.

H. Derechos y obligaciones de los terceros deudores en operaciones de financiación garantizadas por propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3)

104. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del capítulo VIII, relativo a los derechos y obligaciones de los terceros deudores en operaciones de financiación garantizadas por propiedad intelectual.

I. Ejecución de una garantía constituida sobre propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3)

1. Intersección del régimen de las operaciones garantizadas con la legislación aplicable a la propiedad intelectual

105. Con respecto al párrafo 27 se convino en que, a fin de ajustar la última frase a la recomendación 13 de la Guía, habría que hacer referencia a la fecha de celebración del acuerdo de garantía, y no al momento en que se proceda a la ejecución de la garantía. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección A, relativa a la intersección del régimen de las operaciones garantizadas con la legislación aplicable a la propiedad intelectual.

2. Ejecución de la garantía según cuál sea la naturaleza de la propiedad intelectual gravada

106. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección B, relativa a la ejecución de la garantía según cuál sea la naturaleza de la propiedad intelectual gravada.

3. Toma de “posesión” de la propiedad intelectual gravada

107. Se convino en modificar el título de esa sección sustituyéndolo por las siguientes palabras: “Toma de “posesión” de los documentos necesarios para la ejecución de una garantía real sobre propiedad intelectual”. Se convino también en que, en el párrafo 30, se hiciera referencia a los documentos “necesarios para ejecutar una garantía real sobre la propiedad intelectual gravada”, y no a los “documentos considerados bienes accesorios de la propiedad intelectual gravada”. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección C, relativa a la toma de “posesión” de la propiedad intelectual gravada.

4. Disposición de la propiedad intelectual gravada

108. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección D, relativa a la disposición de la propiedad intelectual gravada.

5. Derechos adquiridos a raíz de un acto de disposición de la propiedad intelectual gravada

109. El Grupo de Trabajo convino en que la primera frase del párrafo 36 era innecesaria y creaba confusión al hacer referencia al "estado" en que se encontrara el bien gravado, por lo que debería suprimirse. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección E, relativa a los derechos adquiridos a raíz de un acto de disposición de la propiedad intelectual gravada.

6. Propuesta por el acreedor garantizado de aceptar la propiedad intelectual gravada en satisfacción de la deuda

110. Se convino en que, para ajustarse a la terminología empleada en la Guía, habría que hacer referencia al derecho del acreedor garantizado a "adquirir", y no a "aceptar", el bien gravado en satisfacción de la obligación garantizada. Se convino asimismo en que, después de la segunda frase del párrafo 37, se insertara una nueva frase para dejar claro que, al igual que en el caso de la adquisición de la titularidad o de derechos que no sean garantías reales sobre bienes abarcados por la Guía, que se regía por reglas de derecho distintas del régimen de las operaciones garantizadas, la adquisición de derechos que no sean garantías reales sobre propiedad intelectual se regulaba por el régimen de la propiedad intelectual. Además, se convino en que se revisaran las palabras que figuraban entre paréntesis en la penúltima frase del párrafo 37 sustituyéndolas por términos del siguiente tenor: "suponiendo que tal inscripción sea indispensable para dar eficacia al derecho". A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección F, relativa a una propuesta por el acreedor garantizado de aceptar la propiedad intelectual gravada en satisfacción de la deuda.

7. Cobro de regalías y otros derechos de licencia

111. De acuerdo con el cambio introducido en el párrafo 27 de la sección A del capítulo relativo a la ejecución de garantías (véase el párrafo 105 *supra*), el Grupo de Trabajo convino en que también en el párrafo 38 habría que hacer referencia al momento de celebración del acuerdo de garantía, y no al momento en que se ejecutara una garantía real sobre un crédito por cobrar. A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección G, relativa al cobro de regalías y otros derechos de licencia.

8. Otros derechos contractuales del licenciante

112. Se convino en que, en la versión inglesa, en la primera frase del párrafo 39, en aras de la claridad, se sustituyera "*receivables*" por "*royalties*". Se convino también en que las dos últimas frases del párrafo 39 se sustituyeran por un texto del siguiente tenor: "El licenciante conservará estos derechos si la garantía real grava únicamente las regalías. No obstante, si el acreedor garantizado desea obtener también una garantía real sobre estos otros derechos del licenciante, habrán de ser incluidos en la descripción que se haga de los bienes gravados en el acuerdo de garantía". A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó la sección H, relativa a otros derechos contractuales del licenciante.

9. Ejecución de garantías constituidas sobre bienes corporales que lleven propiedad intelectual incorporada

113. Se convino en que, a fin de no dar la impresión de que la "regla del agotamiento" se interpretaba en todas partes por igual, y en cualquier caso para aclarar el sentido de la segunda frase del párrafo 41, después de las palabras "todo derecho", se insertaran las palabras ", cuando se cumplan determinadas condiciones, como la primera comercialización o venta del producto que lleve propiedad intelectual incorporada". Se convino asimismo en que la última frase del párrafo 41 no era exacta y debería suprimirse, ya que todo propietario de una marca comercial solicitaría normalmente que se retirara la marca antes de que los productos gravados que llevaran dicha marca fueran revendidos. Se acordó asimismo que se revisara la última frase del párrafo 42 para que dijera lo siguiente: "Por consiguiente, a fin de ejecutar eficazmente su garantía real sobre el producto, en ausencia de todo acuerdo previo entre el acreedor garantizado y el licenciante, el acreedor garantizado precisará obtener el consentimiento del propietario-licenciante o invocar el régimen pertinente de la propiedad intelectual y la aplicación de la regla del agotamiento". A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección I, relativa a la ejecución de garantías constituidas sobre bienes corporales que lleven propiedad intelectual incorporada.

10. Ejecución de una garantía constituida sobre los derechos de un licenciatario

114. Se convino en que la penúltima frase del párrafo 45, al dar a entender que la inscripción de licencias constituía una práctica universal, era innecesaria y creaba confusión, por lo que debería suprimirse. Se convino también en que, en la primera frase del párrafo 46, se puntualizara que, en virtud de la Guía, los derechos al cobro de regalías eran créditos por cobrar. A reserva de estos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido de la sección J, relativa a la ejecución de una garantía constituida sobre los derechos de un licenciatario.

J. Ley aplicable a una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4)

115. Se convino en la necesidad de que se preparara una modificación de la variante A y que se insertara en el texto entre corchetes a fin de que el Grupo de Trabajo la examinara. Se sostuvo que en esa modificación debería disponerse que la constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual estaría sujeta a una única ley: o bien a la ley del Estado en que se encontrara el otorgante, o bien a la ley elegida por las partes (esta última opción debería figurar por separado entre corchetes, pues se apartaba del criterio general recomendado en la Guía). Se convino también en que en el comentario se expusieran las ventajas y los inconvenientes de todas las variantes. Además, se convino en que se explicara que la variante C era la única en virtud de la cual la ley aplicable a la eficacia de una garantía real sobre propiedad intelectual frente a un representante de la insolvencia sería una única ley, es decir, la del Estado en el que se encontrara el otorgante. Además, se convino en que en el capítulo se pusiera de relieve la importancia de las reglas sobre conflictos de leyes, mencionándose ejemplos y haciéndose remisiones al capítulo de la Guía dedicado a los conflictos de leyes. A reserva de estos cambios,

el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del capítulo X, relativo a la ley aplicable a una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual.

K. Repercusiones de la insolvencia de un licenciante o un licenciatario de derechos de propiedad intelectual en una garantía real sobre esos derechos en virtud de un acuerdo de licencia (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4)

1. Información general

116. El Grupo de Trabajo acogió con reconocimiento la nota de la Secretaría titulada "Examen de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia en lo relativo a la propiedad intelectual" (A/CN.9/WG.V/WP.87), en la que se hacían remisiones al régimen de la propiedad intelectual en las deliberaciones del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia), a las consecuencias del rechazo de un contrato y a las disposiciones de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (en adelante, "la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia") relativas a la decisión de mantener un contrato y a la protección del valor del bien gravado.

117. Se convino en que la nota que figuraba en el capítulo relativo a la insolvencia del proyecto de anexo, en que se describía la labor realizada por los Grupos de Trabajo V y VI sobre la intersección entre el régimen de la insolvencia, la legislación aplicable a la propiedad intelectual y el régimen de las operaciones garantizadas, fuera actualizada e insertada en la introducción del proyecto de anexo. Se convino asimismo en que las referencias al derecho del representante de la insolvencia a rechazar un acuerdo de licencia solo si dicho acuerdo no era totalmente cumplido por el deudor y por la otra parte eran sumamente importantes y debían mantenerse en el texto.

118. En respuesta a una pregunta formulada acerca del tratamiento de los contratos de servicios personales en caso de insolvencia, se señaló que la Guía de la CNUDMI sobre la Insolvencia trataba esa cuestión en el párrafo 143 del capítulo II de la segunda parte, que disponía lo siguiente: "Las excepciones a la facultad de rechazar contratos también pueden ser adecuadas en el caso de los contratos de trabajo y de los acuerdos en los que el deudor sea arrendador, titular de una franquicia o beneficiario de una licencia de propiedad intelectual, y en que la extinción del contrato pueda arruinar o perjudicar gravemente el negocio de la otra parte, especialmente cuando no reporte grandes ventajas para el deudor, así como los contratos con entidades públicas, como los acuerdos de concesión de licencias y los contratos de compras públicas".

119. Se convino en que en el proyecto de anexo se insertaran palabras de este tenor. Según la opinión general, este tipo de palabras darían también cierta orientación sobre el posible trato que habría que dar a los acuerdos de licencia en caso de insolvencia de un licenciante. Se convino también en que: a) al final del párrafo 23, la frase dijera: "... afectara a la licencia de los sublicenciatarios y los sublicenciantes posteriores"; y b) al principio de la segunda frase del párrafo 26, en la versión inglesa, se suprimiera la palabra "*a*" antes de la palabra "*one*". A reserva de esos

cambios, el Grupo de Trabajo aprobó la sección A del capítulo del proyecto de anexo relativo a la insolvencia y la remitió al Grupo de Trabajo V.

2. Insolvencia del licenciante

120. Según una opinión muy difundida entre las delegaciones, en el párrafo 29 se analizaban debidamente las repercusiones de la insolvencia del licenciante en la garantía real del acreedor garantizado del licenciante insolvente o de un licenciatario o sublicenciatario explicándose que, si el representante de la insolvencia del licenciante decidía rechazar el acuerdo de licencia, los acreedores garantizados tanto del licenciante como del licenciatario se verían prácticamente privados de su garantía y solo les quedaría el recurso de reclamar daños y perjuicios como acreedores no garantizados. En base a ello, el Grupo de Trabajo convino en que el análisis del modo en que podía protegerse, en tales circunstancias, a un acreedor garantizado, que figuraba en los párrafos 30 a 35, era útil y debía mantenerse en el texto. Se convino asimismo en mantener también el párrafo 36 sin corchetes, a modo de sugerencia para que los Estados tuvieran a bien examinarla. Además, se convino en que, dado que en los párrafos 30 a 35 no solo se hacía referencia a los enfoques adoptados en los regímenes sino también a las prácticas comerciales, se agregara, al final del párrafo 36, un texto del siguiente tenor: "Los Estados tal vez deseen también examinar en qué medida las prácticas comerciales descritas en los párrafos 30 y 31 brindarían soluciones prácticas adecuadas". A reserva de esos cambios, el Grupo de Trabajo aprobó la sección B del capítulo del proyecto de anexo relativo a la insolvencia y la remitió al Grupo de Trabajo V.

3. Insolvencia del licenciatario

121. Se convino en que, en la versión inglesa, en la primera frase del párrafo 40, se insertaran las palabras "*that the licensor*" antes de las palabras "*has a right to terminate the license agreement*". A reserva de este cambio, el Grupo de Trabajo aprobó la sección C del capítulo del proyecto de anexo relativo a la insolvencia y la remitió al Grupo de Trabajo V.

4. Apéndice

122. El Grupo de Trabajo aprobó el contenido del apéndice, que figura a continuación del capítulo del proyecto de anexo relativo a la insolvencia, y lo remitió al Grupo de Trabajo V.

V. Labor futura

123. El Grupo de Trabajo señaló que, según las previsiones, sus períodos de sesiones 16º y 17º se celebrarán, respectivamente, del 2 al 6 de noviembre de 2009 y del 8 al 12 de febrero de 2010, a reserva de que la Comisión apruebe esas fechas en su 42º período de sesiones (Viena, 29 de junio a 17 de julio de 2009).

124. Al término del actual período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó el programa de su labor futura para cuando haya finalizado el proyecto de anexo. Se sugirió entre otras cosas, que el Grupo de Trabajo preparara:

a) Un suplemento de la Guía relativa a las garantías reales sobre valores bursátiles no abarcadas por el proyecto de convenio sobre las cuestiones de derecho sustantivo relativas a las garantías reales y otros derechos sobre los valores bursátiles depositados en poder de un intermediario, que actualmente prepara el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), ni por el Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, preparado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado;

b) Una guía legislativa sobre la inscripción registral de las garantías reales;

c) Una guía contractual sobre los acuerdos de financiación garantizada;

d) Una guía contractual sobre la concesión de licencias de propiedad intelectual;

e) Una ley modelo sobre las operaciones garantizadas a la que se incorporen las recomendaciones de la Guía; y

f) Un texto sobre la franquicia.

125. En relación con el tema de las garantías reales sobre valores bursátiles, el Grupo de Trabajo tomó nota de la decisión de la Comisión de que la labor futura que debería emprenderse habría de tener por objeto la preparación de un anexo de la Guía relativo a determinados tipos de valores bursátiles, tomando en consideración la labor realizada por otras organizaciones, en particular por el UNIDROIT[11]. Se opinó que esa labor dependería del alcance del proyecto de convenio del UNIDROIT y de si el UNIDROIT estaría dispuesto a que en esa labor se trataran valores bursátiles no abarcados por dicho convenio. Respecto de una eventual guía legislativa sobre los registros generales de garantías reales, se observó que esa labor complementaría adecuadamente la labor de la Comisión en relación con la Guía y que cabría iniciar una labor preparatoria en el marco de un coloquio o de un debate durante el 16º período de sesiones del Grupo de Trabajo a principios del 2010, siempre y cuando el Grupo de Trabajo hubiera finalizado para entonces su labor sobre el proyecto de anexo. En cuanto a la Ley Modelo sobre las operaciones garantizadas a la que se incorporarían las recomendaciones de la Guía, se señaló que sería un texto sumamente útil que impulsaría la labor de la Comisión sobre la Guía.

126. Respecto de la posible guía contractual sobre los acuerdos de financiación garantizada, se mencionó que sería una gran ayuda para las partes en tales operaciones si en ella se analizaran las cuestiones que deberían abordarse en esos acuerdos y se enunciara un conjunto de reglas que serían aplicables salvo si las partes hubieran acordado otra cosa. En cuanto a la posible guía contractual sobre la concesión de licencias de propiedad intelectual, se observó que sería un proyecto de suma importancia en el que se tratarían cuestiones jurídicas fundamentales de la propiedad intelectual, por lo que la dirección de tal proyecto debería encomendarse a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y a otras organizaciones competentes. A este respecto, el Grupo de Trabajo observó que la OMPI había preparado una serie de guías sobre la concesión de licencias de propiedad intelectual y estaba profundizando su labor al respecto. Se señaló asimismo que la OMPI acogería con agrado toda sugerencia de los Estados

[11] *Ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17), párrs. 147 y 160.

Miembros sobre una eventual labor futura en este campo jurídico y, en este contexto, también agradecería la cooperación con la CNUDMI. Respecto de un eventual texto sobre la franquicia, se observó que sería un proyecto útil en el que se abordarían las prácticas importantes que se siguen, inclusive en relación con las marcas comerciales. Se señaló asimismo que habría que tomar en consideración la labor realizada por otras organizaciones, inclusive la Ley Modelo sobre la Revelación de Franquicias, preparada por el UNIDROIT.

D. Nota de la Secretaría sobre el proyecto de anexo a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 15º período de sesiones

(A/CN.9/WG.VI/WP.37 y Add.1 a 4) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-53
A.	Información de antecedentes	1-8
B.	Interacción entre el régimen de las operaciones garantizadas y el derecho interno de la propiedad intelectual	9-14
C.	Terminología	15-32
D.	Ejemplos de prácticas financieras fundadas en la propiedad intelectual	33-46
E.	Objetivos clave y principios básicos	47-53

I. Introducción

A. Información de antecedentes

[*Nota para el Grupo de Trabajo: sobre los párrafos 1 a 8, véanse A/CN.9/WG.VI/WP.35, párrafos 1 a 7; A/CN.9/667, párrafo 16, A/CN.9/WG.VI/WP.36, párrafo 12, A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 1 a 5, A/CN.9/WG.VI/WP.34, párrafos 10 y 11; y A/63/17, párrafo 326.*]

1. En su 39º período de sesiones, en 2006, la Comisión examinó su labor futura acerca del régimen legal de la financiación garantizada. Se observó que los derechos de propiedad intelectual (por ejemplo, los derechos de autor, las patentes o las marcas comerciales) se estaban convirtiendo en una fuente de crédito cada vez más importante, por lo que no debían quedar excluidos de un régimen moderno de las operaciones garantizadas. También se observó que las recomendaciones del proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas ("el 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 el régimen de la propiedad intelectual. Además se indicó que, dado que las recomendaciones del proyecto de guía no se habían preparado teniendo presentes los problemas

especiales de la legislación sobre propiedad intelectual, en el proyecto de guía se sugería que los Estados promulgantes estudiaran la posibilidad de introducir los ajustes necesarios en las recomendaciones a fin de abordar esos problemas[1].

2. A fin de dar más orientaciones a los Estados, se sugirió que la Secretaría preparara, en cooperación con las organizaciones internacionales con conocimientos especializados sobre el tema de las garantías reales y el del 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 asesoramiento de expertos y de asegurar la colaboración del sector pertinente, la Secretaría organizara, cuando fuera necesario, reuniones periciales y coloquios[2]. Tras un debate, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara, en cooperación con las organizaciones competentes, y en particular con la OMPI, una nota en la que analizara el alcance de la labor futura de la Comisión acerca de la financiación garantizada por derechos de propiedad intelectual. La Comisión pidió asimismo a la Secretaría que organizara un coloquio sobre la financiación respaldada por propiedad intelectual, asegurando en la mayor medida posible la participación de organizaciones internacionales competentes y de expertos de diversas regiones del mundo[3].

3. De conformidad con la decisión adoptada por la Comisión, la Secretaría organizó, en cooperación con la OMPI, un coloquio acerca de las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual (Viena, 18 y 19 de enero de 2007). Asistieron al coloquio expertos en cuestiones de financiación garantizada y legislación sobre propiedad intelectual, inclusive representantes de gobiernos y de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales de ámbito nacional e internacional. Durante el coloquio se formularon varias sugerencias sobre los ajustes que sería necesario introducir en el proyecto de guía para abordar cuestiones específicas de la financiación garantizada por derechos de propiedad intelectual[4].

4. Durante la primera parte de su 40º período de sesiones (Viena, 25 de junio a 12 de julio de 2007), la Comisión examinó una nota de la Secretaría titulada "Posible labor futura en materia de garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual" (A/CN.9/632). En la nota se tuvieron en cuenta las conclusiones a que se había llegado en el mencionado coloquio. A fin de proporcionar a los Estados orientación suficiente sobre los ajustes que podría ser preciso introducir en sus respectivas legislaciones para evitar incoherencias entre el régimen de las operaciones garantizadas y el de la propiedad intelectual, la Comisión decidió encomendar al Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) la preparación de un anexo que se adjuntaría al proyecto de guía y que trataría específicamente de las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual[5].

---

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párrs. 81 y 82.

[2] *Ibid.*, párr. 83.

[3] *Ibid.*, párr. 86.

[4] Véase www.uncitral.org/uncitral/en/commission/colloquia/2secint.html.

[5] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part I)), párrs. 156, 157 y 162.

5. En la continuación de su 40º período de sesiones (Viena, 10 a 14 de diciembre de 2007), la Comisión ultimó y adoptó la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas (en adelante la "*Guía*"), quedando entendido que ulteriormente se prepararía un anexo que se adjuntaría a la *Guía* y que trataría específicamente de las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual[6].

6. En su 13º período de sesiones (Nueva York, 19 a 23 de mayo de 2008), el Grupo de Trabajo VI examinó una nota de la Secretaría titulada "Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual" (A/CN.9/WG.VI/WP.33 y A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1). En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un borrador del anexo de la *Guía* referente a la constitución de garantías reales sobre propiedad intelectual (en adelante, "el anexo") en el que se recogieran las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/649, párrafo 13). En el mismo período de sesiones, el Grupo de Trabajo estimó que, si bien debería tomarse en debida consideración el régimen de la propiedad intelectual, el análisis en el anexo debería basarse en la *Guía*, y no en el régimen nacional de la financiación garantizada (véase A/CN.9/649, párrafo 14). Como el Grupo de Trabajo no consiguió llegar a un acuerdo acerca de si algunas cuestiones relacionadas con la repercusión de la insolvencia en las garantías reales sobre propiedad intelectual (véase A/CN.9/649, párrafos 98 a 102) guardaban suficiente relación con el régimen de las operaciones garantizadas para que se justificara su análisis en el anexo de la *Guía*, decidió volver a examinar esas cuestiones en una ulterior reunión y recomendar que se pidiera al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) que las analizara (véase A/CN.9/649, párrafo 103).

7. En su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008), la Comisión acogió con satisfacción los excelentes progresos realizados por el Grupo de Trabajo. También tomó nota del debate y de la decisión del Grupo de Trabajo VI con respecto a algunas cuestiones relacionadas con la insolvencia y decidió que debía informarse al Grupo de Trabajo V e invitarlo a que, en su siguiente período de sesiones, expresara una opinión preliminar. Asimismo, la Comisión decidió que, en caso de que después de ese período de sesiones quedara alguna cuestión pendiente que debiera ser examinada conjuntamente por los dos grupos de trabajo, la Secretaría debería poder organizar, a su discreción, un debate conjunto acerca de la repercusión de la insolvencia en las garantías reales sobre propiedad intelectual cuando los dos grupos de trabajo se reunieran el uno después del otro en la primavera de 2009, y previa consulta de sus respectivos presidentes[7].

8. En su 14º período de sesiones (Viena, 20 a 24 de octubre de 2008), el Grupo de Trabajo prosiguió su labor a la luz de una nota preparada por la Secretaría bajo el título "Anexo a la Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas relativa a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual" (A/CN.9/WG.VI/WP.35 y Add.1). En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara una versión revisada del proyecto de anexo en la que se reflejaran las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo (véase A/CN.9/667, párrafo 15). El Grupo de Trabajo remitió asimismo al Grupo de

---

[6] *Ibid.*, *sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 (Part II)), párrs. 99 y 100.

[7] *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 326.

Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) ciertas cuestiones relativas a los efectos de la insolvencia sobre una garantía constituida sobre propiedad intelectual (véase A/CN.9/667, párrafos 129 a 140). Se dijo, a dicho respecto, que se hiciera lo posible por ultimar el examen de estas cuestiones a la mayor brevedad posible, con miras a incorporar los resultados de dicho examen en el texto del proyecto de anexo en el otoño de 2009 o a comienzos de la primavera de 2010, a fin de que se presentara el proyecto de anexo a la Comisión para su aprobación definitiva durante su 43º período de sesiones en 2010 (véase A/CN.9/667, párrafo 143).

B. Interacción entre el régimen de las operaciones garantizadas y el derecho interno de la propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: para los párrafos 9 a 14, véanse A/CN.9/WG.VI/WP.35, párrafos 8 a 11, A/CN.9/667, párrafos 17 a 19, y A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 76 a 82*.]

9. Con contadas excepciones, las recomendaciones de la *Guía* son aplicables a las garantías reales constituidas sobre todo tipo de bienes muebles, inclusive la propiedad intelectual (véanse las recomendaciones 2 y 4 a 7). En lo que respecta a la propiedad intelectual, el régimen recomendado en la *Guía* no será aplicable en la medida en que sea incompatible con el derecho interno aplicable o con todo acuerdo internacional en materia de propiedad intelectual en el que el Estado promulgante sea parte (véase la recomendación 4 b)).

10. En la recomendación 4 b) se enuncia el principio básico que rige la interacción entre el régimen de las operaciones garantizadas y el régimen de la propiedad intelectual. El significado que se da al término "propiedad intelectual" tiene por objeto garantizar la compatibilidad de la *Guía* con el derecho interno y los tratados aplicables a la propiedad intelectual (véase el párrafo 15 *infra*). La fórmula "derecho interno de la propiedad intelectual" (*law relating to intellectual property*) abarca la normativa legal y la jurisprudencia, por lo que es más amplia que "régimen de la propiedad intelectual" (*intellectual property law*), aunque su alcance es menor que el de los términos "derecho general de los contratos" o "derecho general de los derechos reales". Por consiguiente, el alcance de la recomendación 4 b) será mayor o menor en función del modo en que un Estado defina el alcance de la propiedad intelectual. Cabe entender que cada Estado definirá dicho alcance de conformidad con toda obligación internacional dimanante de sus tratados en materia de propiedad intelectual (como el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, generalmente conocido como "el Acuerdo ADPIC") y a la luz de esos tratados.

11. La finalidad de la recomendación 4 b) es la de evitar que, al adoptar un Estado las recomendaciones de la *Guía*, se esté alterando, sin querer, alguna norma básica de su derecho interno de la propiedad intelectual. Dado que las cuestiones relativas a la existencia, la validez y el contenido de los derechos de propiedad intelectual del otorgante no se tratan en la *Guía* (véase A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, sección II.A.4), las posibilidades de que surjan conflictos entre los regímenes sobre esas cuestiones son limitadas. No obstante, en lo que se refiere a la constitución, a la oponibilidad a terceros, a la prelación y a la ejecución de las garantías reales sobre propiedad intelectual, se puede dar el caso de que en algunos Estados los dos regímenes

prevean reglas diferentes. En tal caso, la recomendación 4 b) mantiene la primacía del régimen propio de la propiedad intelectual.

12. Conviene, sin embargo, señalar que el derecho interno de la propiedad intelectual de algunos Estados se aplica con exclusividad a ciertas formas de operaciones garantizadas que no son instituciones propias de la propiedad intelectual y que dejarán de ser posibles una vez que un Estado adopte las recomendaciones de la *Guía* (por ejemplo, la prenda, la hipoteca, la transferencia o la fiducia de propiedad intelectual con fines de garantía). Por este motivo, los Estados que adopten la *Guía* tal vez deseen también revisar su derecho aplicable a la propiedad intelectual a fin de armonizarlo con el régimen de las operaciones garantizadas. A dicho fin, todo Estado que promulgue el régimen recomendado en la *Guía*, deberá hacerlo con cautela, respetando en particular el enfoque integrado y funcional que se recomienda en la *Guía*, con miras a no modificar los principios y objetivos básicos de su derecho interno de la propiedad intelectual.

13. El anexo tiene por objeto orientar a los Estados en la tarea de integrar sus regímenes de las operaciones garantizadas y de la propiedad intelectual. Sobre la base del comentario y de las recomendaciones que figuran en la *Guía*, en el anexo se examina el modo en que los principios de la *Guía* son aplicables cuando el bien gravado es un derecho de propiedad intelectual; además, cuando ha sido necesario, se han agregado al texto nuevos comentarios y recomendaciones. Al igual que con los demás comentarios y recomendaciones relativas a ciertas clases de bienes, los comentarios y recomendaciones referentes a la propiedad intelectual modifican o complementan el comentario y las recomendaciones generales de la *Guía*. En consecuencia, salvo disposición legal en contrario en materia de propiedad intelectual y a reserva de todo comentario o recomendación referente a estos bienes, que figure en el anexo, una garantía real sobre propiedad intelectual podrá constituirse, hacerse oponible a terceros, gozar de prelación y ejecutarse de conformidad con lo previsto en las recomendaciones generales de la *Guía*.

14. Si bien con el anexo no se pretende recomendar a los Estados que modifiquen su derecho de la propiedad intelectual, como ya se ha indicado, es posible que el anexo repercuta en dicha normativa. En el anexo se analizan esas posibles repercusiones y, en algún caso, se agregan al comentario modestas sugerencias para los Estados promulgantes (formuladas en términos como “los Estados podrían” o “los Estados tal vez deseen plantearse ...”, y no en términos perentorios como “los Estados deberían”). Estas sugerencias se basan en la premisa de que, al promulgar un régimen de las operaciones garantizadas del tipo recomendado por la *Guía*, todo Estado habrá adoptado la decisión de modernizar su respectivo régimen de las operaciones garantizadas. Por lo tanto, en las sugerencias se indica a los Estados deseosos de modernizar su régimen la manera óptima de armonizar su régimen de las operaciones garantizadas con su derecho interno de la propiedad intelectual.

C. Terminología

[*Nota para el Grupo de Trabajo: para los párrafos 15 a 32, véanse A/CN.9/WG.VI/WP.35, párrafos 12 a 21, A/CN.9/667, párrafos 20 a 22, A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 39 a 60, y A/CN.9/649, párrafos 104 a 107.*]

a) Propiedad intelectual

15. Como ya se ha señalado, la *Guía* utiliza el término "propiedad intelectual" para designar, agrupados bajo un solo término, los derechos de propiedad intelectual, tales como los derechos de autor, las marcas comerciales y las patentes. Por ello, toda mención en la *Guía* de la "propiedad intelectual" deberá ser entendida como referida a un "derecho de propiedad intelectual" como pudiera ser un derecho de autor o una patente de invención (de los que será "propietario" su autor o inventor) o algún derecho de menor alcance como pudiera ser el de un licenciatario de la propiedad intelectual, o el de un licenciante que no sea su propietario. El comentario explica que el significado que se da en la *Guía* al término "propiedad intelectual" tiene por objeto armonizar la *Guía* con el derecho interno de la propiedad intelectual respetando además la facultad de todo Estado promulgante de las recomendaciones para alinear esta definición con su propio derecho interno (de origen tanto legal como convencional). Es decir, conforme se mencionó, la *Guía* reconoce, para sus propios fines, como propiedad intelectual todo lo que el Estado promulgante considere como propiedad intelectual con arreglo a sus obligaciones internacionales.

16. Para los fines del régimen de las operaciones garantizadas, el derecho de propiedad intelectual es en sí distinto de las corrientes de ingresos que pueda generar su explotación comercial, tales como las sumas abonables por concepto de alguna emisión radiofónica o televisiva. Un acuerdo de licencia no es tampoco una operación garantizada, por lo que no crea garantía real alguna. El régimen de las operaciones garantizadas no afectará, por ello, a los derechos y obligaciones de un licenciante o de un licenciatario a tenor de un acuerdo de licencia. Por ejemplo, no menoscabará el derecho del propietario o del titular de menor rango de una patente para limitar la transferibilidad de la propiedad intelectual licenciada.

b) Régimen y derecho interno de la propiedad intelectual

17. Como ya se mencionó, en el comentario se aclara que el término "régimen" se utiliza a lo largo de toda la *Guía* para referirse al derecho de rango tanto legal como reglamentario. La *Guía* aclara además que el término "derecho interno de la propiedad intelectual" (véase la recomendación 4 b)) es de mayor alcance que el régimen de la propiedad intelectual (referido a las patentes, marcas comerciales, derechos de autor ...) pero de menor alcance que el derecho común de los contratos o el derecho común de los derechos reales. En particular, el término "derecho interno de la propiedad intelectual" sería aplicable a la normativa interna específicamente aplicable a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual, pero no al régimen general de las garantías reales constituidas sobre diversas clases de bienes y que tal vez sea también aplicable a las garantías reales sobre propiedad intelectual. Por ejemplo, formaría parte del "derecho interno de la propiedad intelectual" una norma legal que sea expresamente aplicable a la prenda constituida sobre un derecho de propiedad intelectual que recaiga sobre un programa informático.

c) Garantía real

18. La *Guía* utiliza el término "garantía real" para referirse a todo tipo de derecho real, de origen contractual, que se haya creado sobre un bien mueble en garantía del pago u otro cumplimiento de una obligación, cualquiera que sea el nombre que se dé a dicho derecho. Por ello, el término "garantía real" será aplicable a toda prenda o hipoteca que se constituya sobre propiedad intelectual, así como al derecho del

destinatario de una transferencia efectuada para fines de garantía. Todo Estado que adopte las recomendaciones de la *Guía* tal vez estime oportuno revisar su derecho interno de la propiedad intelectual para coordinar su terminología con la utilizada en el régimen recomendado por la *Guía.*

d) Licencia

19. La *Guía* utiliza también el término "licencia" y, al utilizarlo en contextos propios de la propiedad intelectual, distingue, en primer lugar, entre el acuerdo de licencia y la licencia conferida (es decir, la autorización para utilizar la propiedad intelectual licenciada) y, en segundo lugar, entre licencia exclusiva y licencia no exclusiva. Además, con arreglo a la *Guía*, un acuerdo de licencia no crea una garantía real y un derecho a revocar la licencia ya conferida tampoco constituye una garantía real.

20. Ahora bien, el significado exacto de estos términos vendrá determinado por el derecho interno de la propiedad intelectual, así como por el derecho de los contratos o por toda otra norma de rango legal que sea aplicable (tales como la Recomendación Conjunta sobre Licencias de Marcas, aprobada por la Asamblea de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Industrial y la Asamblea General de la OMPI (2000)[8] y el Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas (2006))[9]. En particular, la *Guía* no interfiere con las cláusulas o los límites establecidos por un acuerdo de licencia que tal vez describa la índole de la propiedad intelectual licenciada, sus usos autorizados o restringidos, el área geográfica y la duración del derecho licenciado. Por ejemplo, cabrá otorgar una licencia exclusiva para proyectar en sala la película A en el país X "durante 10 años a partir del 1 de enero de 2008", que difiera de la licencia exclusiva para la explotación de los "derechos por vídeo de la película A en el país Y" "durante 10 años a partir del 1 de enero de 2008".

21. Además, la *Guía* no afectará en modo alguno a la tipificación de un derecho licenciado con arreglo al derecho interno de la propiedad intelectual. Por ejemplo, no incidirá sobre la calificación como derecho real del derecho nacido de un acuerdo de licencia exclusiva o sobre la calificación como transferencia de un derecho de propiedad intelectual a la licencia exclusiva de ese derecho, como sucede en el derecho interno de la propiedad intelectual de algunos países. Además, la *Guía* no afectará al límite tal vez impuesto en un acuerdo de licencia a la transferibilidad del derecho licenciado.

e) Bien gravado

22. La *Guía* utiliza el término "bien gravado" para designar todo bien que sea objeto de una garantía real. Si bien se ha convenido en que la *Guía* hable de "una garantía real sobre el bien gravado", lo que se grava en realidad es "el derecho que tenga el otorgante sobre el bien gravado". Esta distinción aparece clara cuando un arrendatario grava el derecho limitado del que goza sobre un bien mueble o un inmueble, pero resulta menos clara cuando el bien gravado es un derecho de propiedad intelectual. Respecto de bienes inmateriales, como sería un derecho de

[8] www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/development_iplaw/pdf/pub835.pdf.
[9] www.wipo.int/treaties/en/ip/singapore.

propiedad intelectual, la complicación dimana de que dichos bienes pueden existir sin un soporte material. Por ejemplo, un derecho de autor sobre una melodía puede existir sin necesidad de que el titular del derecho tenga en su poder una grabación o una partitura de la melodía. El derecho de autor nace como un derecho personal desde su nacimiento, aun cuando haga falta alguna forma de soporte material para dejar constancia probatoria o para inscribirlo en un registro (en países donde esté prevista la inscripción de los derechos de autor).

23. La *Guía* utiliza también diversos términos para designar ciertos derechos de propiedad intelectual que podrán ser utilizados como bienes gravables sin interferir con la índole, el contenido o las consecuencias jurídicas del derecho así designado en el marco del régimen de la propiedad intelectual, del derecho común de los contratos o del régimen común de los derechos reales. Cabe citar como bienes gravables los derechos de autor o las patentes de invención (que son "propiedad" del autor o del inventor), y los derechos intelectuales de menor alcance como los derechos del licenciante o del licenciatario nacidos de un acuerdo de licencia y los derechos de propiedad intelectual incorporados a un bien corporal. El propietario o el titular de menor rango de un derecho podrá transferir su derecho a un cesionario que pasará a ser propietario o titular del derecho efectivamente cedido. Un propietario o un titular de menor rango de un derecho podrá transferir parcialmente su derecho a un licenciatario que pasará a ser titular del derecho así cedido.

24. El término "propietario" se refiere a la persona que esté originariamente legitimada para hacer valer con exclusividad todo derecho que dimane de la propiedad intelectual o al cesionario del propietario (es decir, el autor o el inventor y eventualmente su sucesor). El termino "titular de un derecho" designa a la persona que posea algún derecho (por ejemplo, el licenciatario tendrá derecho a usar la propiedad intelectual que le sea efectivamente licenciada). Un acreedor garantizado (o en algunos Estados, el titular de una licencia exclusiva) podrá ser propietario o titular del derecho gravado con tal de que las partes interesadas lo hayan estipulado y con tal de que el derecho interno de la propiedad intelectual lo permita.

25. Los derechos de un licenciante incluirán su derecho al cobro de las regalías. Los derechos de un licenciatario incluirán el permiso que lo legitima para utilizar la propiedad intelectual licenciada con arreglo a lo estipulado en el acuerdo de licencia, y tal vez el derecho a concertar acuerdos de sublicencia y a cobrar las regalías de la sublicencia. Los derechos de un otorgante de una garantía real sobre un bien corporal que lleve incorporada propiedad intelectual vendrán definidos por el acuerdo de garantía concertado por el otorgante (propietario o titular de menor rango de la propiedad intelectual afectada) con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas y al derecho aplicable a la propiedad intelectual.

f) Crédito por cobrar y cesión del crédito

26. En la *Guía* se utiliza el término "crédito por cobrar", al igual que en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos para designar el derecho al cobro de una obligación monetaria, por lo que para los fines de la *Guía* dicho término es aplicable al derecho de un licenciante (propietario o titular de menor rango de un derecho de propiedad intelectual) a cobrar las regalías de la licencia (sin que ello afecte a las condiciones del acuerdo de licencia relativas al pago de las regalías, como pudiera ser el escalonamiento de los pagos o el

porcentaje abonable según cuáles sean las condiciones del mercado o la cifra global de venta).

27. En la *Guía* se utiliza el término "cesión" respecto de un crédito por cobrar para designar no solo la transferencia pura y simple del crédito sino también su transferencia a título de garantía (conceptuable conforme a la *Guía* como dispositivo de garantía) y otras operaciones por las que se constituya una garantía real sobre un crédito por cobrar. A fin de no dar la impresión de que las recomendaciones de la *Guía* relativas a la cesión de créditos por cobrar serán también aplicables a la "cesión" de propiedad intelectual, el Anexo utiliza el término "transferencia" (en vez de "cesión") para referirse a la transferencia de los derechos del titular de la propiedad intelectual. Si bien el término "cesión" que se utiliza para los créditos por cobrar incluye la "cesión pura y simple de un crédito por cobrar", el término "transferencia" utilizado respecto de los derechos de propiedad intelectual no incluye la transferencia pura y simple de tales derechos. La *Guía* tampoco utiliza el término "transferencia" para designar un acuerdo de licencia. El que un acuerdo de licencia esté o no conceptuado como una transferencia del derecho licenciado, en el derecho interno de la propiedad intelectual, es algo que no concierne a la *Guía*.

g) Otorgante

28. Como ya se mencionó, en una operación garantizada por propiedad intelectual, el bien gravado será o bien el derecho de propiedad intelectual del propietario de dicho derecho o los derechos de un titular de menor rango de la propiedad intelectual, como pudieran ser los derechos adquiridos por un licenciante a tenor de un acuerdo de licencia, o el derecho de uso adquirido por el licenciatario y tal vez su derecho a sublicenciar el derecho licenciado y a cobrar regalías de sublicencia. Por ello, según cuál sea el tipo de bien gravado, el término "otorgante" de la garantía estará referido al propietario o a un titular de menor rango de la propiedad intelectual, tales como los derechos de un mero licenciante o licenciatario de la propiedad intelectual. Por último, en toda operación garantizada por algún otro tipo de bien mueble, el término "otorgante" puede designar a un tercero que otorgue una garantía real sobre propiedad intelectual a título de cobertura de la obligación debida por un deudor a un acreedor garantizado.

h) Reclamante concurrente

29. Con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas, se utiliza el concepto de "reclamante concurrente" para designar a toda parte interesada, que no sea un acreedor garantizado por determinado acuerdo de garantía, que reclame algún derecho sobre el bien gravado o sobre el producto de su enajenación. Por ello, la *Guía* utiliza el término "reclamante concurrente" para designar a todo reclamante que compita con un acreedor garantizado (es decir, otro acreedor garantizado por una garantía constituida sobre el mismo bien, otro acreedor del otorgante que tenga algún derecho sobre el bien gravado o el representante de la insolvencia del otorgante, así como un comprador, cesionario, arrendatario o licenciatario del mismo bien). El término "reclamante concurrente" es un factor esencial en la aplicación del orden de prelación recomendado por la *Guía*, como pudiera ser el caso de la recomendación 76, conforme a la cual un acreedor garantizado por una garantía constituida sobre un crédito por cobrar que haya inscrito un aviso de su garantía en el registro general de las garantías reales gozará de prelación sobre todo

otro acreedor garantizado que haya recibido una garantía real constituida por el mismo otorgante sobre el mismo crédito por cobrar antes de la obtenida por el otro acreedor garantizado, pero que no inscribió su garantía en el registro.

30. Ahora bien, en el derecho interno de la propiedad intelectual, no se utiliza la noción de "reclamante concurrente" y los conflictos de prelación suelen darse entre cesionarios y licenciatarios de la propiedad intelectual, sin necesidad de que haya un conflicto con un acreedor garantizado (un infractor no es un reclamante concurrente y si el presunto infractor prueba que tiene un derecho concurrente legítimo, su condición no será la de infractor sino la de licenciatario o cesionario de la propiedad intelectual). El régimen de las operaciones garantizadas no interfiere en la resolución de conflictos en los que no intervenga un acreedor garantizado, salvo, claro está, que un derecho sea cedido a título de garantía, lo que constituye una operación garantizada. Por ello, la *Guía* no sería aplicable a un conflicto entre dos beneficiarios de una transferencia o cesión pura y simple de un mismo derecho, pero sí lo sería a un conflicto entre el beneficiario o destinatario de una transferencia pura y simple de un derecho de propiedad intelectual y el destinatario de una transferencia para fines de garantía de ese mismo derecho de propiedad intelectual efectuada por el mismo cedente u otorgante (a reserva de la limitación enunciada en el apartado a) de la recomendación 4).

i) Acreedor garantizado

31. La *Guía* reconoce que un acuerdo de garantía es un acto constitutivo de una garantía real, es decir de un derecho real limitado, distinto de la propiedad, sobre el bien gravado, con tal de que el otorgante esté, claro está, legitimado para constituir un gravamen sobre dicho bien. Por ello, la *Guía* no utiliza el término "acreedor garantizado" (que incluye a todo cesionario a título de garantía) para designar al propietario del derecho gravado o al destinatario de su transferencia. En otras palabras, no cabe presumir que un acreedor garantizado que haya adquirido una garantía real con arreglo a la *Guía* haya adquirido la propiedad del bien gravado. Este enfoque tiene por objeto amparar al otorgante/propietario que haya retenido la propiedad, y a menudo la posesión o el control, del bien gravado, sin dejar de amparar debidamente al acreedor garantizado frente al impago, por el otorgante o el tercero deudor, de la obligación garantizada. En cualquier caso, los acreedores garantizados no suelen desear asumir las responsabilidades y los gastos inherentes a la condición de propietario, y la *Guía* no les obliga a hacerlo. Esto significa que, incluso después de la creación del gravamen, el propietario del bien gravado podrá ejercer todos sus derechos en cuanto propietario (a reserva, claro está, de cualquier límite en el que haya convenido con el acreedor garantizado). Por consiguiente, cuando el acreedor garantizado disponga del bien gravado en el ejercicio de su garantía real a raíz de un incumplimiento, el acreedor garantizado no pasará necesariamente a ser propietario del bien así enajenado. El acreedor garantizado se limita, en este caso, a ejercitar su garantía real. Tan solo pasará a ser propietario del bien gravado si, a raíz de un incumplimiento, el acreedor garantizado hace valer su derecho de ofrecer al otorgante la posibilidad de transferirle la propiedad del bien gravado en satisfacción total o parcial de la obligación garantizada (en ausencia de toda objeción al respecto del deudor o de algún acreedor del deudor) o si el acreedor garantizado adquiere la propiedad del bien gravado en el curso de una venta ejecutoria pública de dicho bien.

32. A efectos del régimen de las operaciones garantizadas, la anterior caracterización o tipificación del acuerdo de garantía y de los derechos de un acreedor garantizado será también aplicable en supuestos en los que el bien gravado sea propiedad intelectual. Ahora bien, la *Guía* no repercutirá en ninguna tipificación que se haga con arreglo al derecho interno de la propiedad intelectual en asuntos que sean específicos del régimen de la propiedad intelectual. Cabe que, con arreglo al derecho interno de la propiedad intelectual, un acuerdo de garantía sea calificable como una transferencia de la titularidad del propietario de la propiedad intelectual y cabe que se le reconozcan al acreedor garantizado los derechos de un propietario (o de un titular de menor rango), a fin de facultarle para tratar con las autoridades públicas, otorgar licencias o procesar a todo infractor del derecho gravado. Por ello, nada de lo dispuesto en el régimen de las operaciones garantizadas impedirá que un acreedor garantizado convenga con el otorgante/propietario (o titular de menor rango) que el acreedor garantizado pasará a ser propietario (o titular de menor rango) de la propiedad intelectual gravada. Si el acuerdo garantiza o tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y si el régimen de la propiedad intelectual permite que el acreedor garantizado pase a ser propietario (o titular de menor rango) del derecho gravado, el término "acreedor garantizado" podrá designar al propietario (o titular de menor rango) del derecho gravado en la medida en que el derecho interno aplicable a la propiedad intelectual lo permita. En tal caso, el régimen de las operaciones garantizadas será aplicable a las cuestiones normalmente reguladas por dicho régimen, tales como la creación, la oponibilidad a terceros, la prelación y el ejercicio ejecutorio de una garantía real; y el derecho interno de la propiedad intelectual será aplicable a las cuestiones normalmente reguladas por esa rama del derecho, tales como las relaciones con las autoridades públicas, la concesión de licencias o el procesamiento de los infractores.

D. Ejemplos de prácticas financieras fundadas en la propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: para los párrafos 33 a 46, véanse los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.35, párrafos 22 a 41; A/CN.9/667, párrafos 23 y 24, A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 8 a 21; y A/CN.9/649, párrafo 108.*]

33. A fin de ilustrar el análisis presentado en el anexo, en la presente sección se dan unos cuantos ejemplos de operaciones garantizadas por un derecho de propiedad intelectual gravado.

34. Cabe distribuir las operaciones garantizadas por derechos de propiedad intelectual en tres grandes categorías. La primera categoría es la de las operaciones en las que el propio derecho de propiedad intelectual sirve de garantía del crédito negociado (es decir, los derechos del propietario, de un licenciante o de un licenciatario de la propiedad intelectual gravada). En estas operaciones, la entidad financiera obtiene una garantía real sobre una patente, una marca comercial, un derecho de autor u otro derecho de propiedad intelectual del prestatario. Los ejemplos 1 a 4, corresponden a este supuesto. En los ejemplos 1 y 2 el bien gravado son los derechos del propietario de la propiedad intelectual. En el ejemplo 3, el bien gravado son los derechos de un licenciante, y en el ejemplo 4, los derechos de un licenciatario.

35. La segunda categoría de operaciones corresponde a supuestos en los que el bien gravado no sea en sí un derecho de propiedad intelectual, sino una masa de existencias o de bienes de equipo, cuyo valor dependa en cierta medida de un derecho de propiedad intelectual que lleve incorporado. Esta categoría de operación aparece ilustrada en los ejemplos 5 y 6.

36. La tercera categoría de operaciones corresponde a operaciones financieras que combinen elementos de las dos primeras. El ejemplo 7 sirve para ilustrar este tipo de operación al describir un crédito abierto a un fabricante bajo la cobertura de una garantía constituida sobre la cuasi totalidad del patrimonio del fabricante, que incluye sus derechos de propiedad intelectual.

37. Cada uno de estos ejemplos sirve para ilustrar cómo un propietario, un licenciante o un licenciatario de un derecho de propiedad intelectual, o cómo un propietario de bienes cuyo valor dependa de algún derecho de propiedad intelectual, puede valerse de estos bienes como garantía para la obtención de un crédito. En cada caso, un prestamista prudente deberá examinar con diligencia la índole y el alcance de los derechos del propietario y de los licenciatarios de la propiedad intelectual que pueda ser objeto del gravamen, y deberá evaluar la medida en que la financiación garantizada propuesta pueda interferir con esos derechos. La disponibilidad de un prestamista para otorgar crédito y el precio del crédito otorgado dependerá de la facilidad con la que el prestamista consiga aclarar estas cuestiones de manera satisfactoria, obteniendo todo consentimiento u otro acuerdo que sea necesario del propietario u otro titular de la propiedad intelectual. Cada una de estas categorías de operación no solo está referida a distintos tipos (o combinaciones) de bienes gravados, sino también a distintas cuestiones jurídicas para el prestamista o financiero eventual de la empresa deudora[10].

38. Una cuestión práctica aplicable a todos los ejemplos es la de habilitar al prestatario para obtener una estimación correcta del valor de su propiedad intelectual. La valoración del bien gravable es también una cuestión que todo acreedor prudente tendrá que resolver cualquiera que sea la índole del bien que vaya a ser gravado. Ahora bien, la valoración de la propiedad intelectual afectada puede resultar más ardua dado que se habrá de comenzar por determinar si dicha propiedad es explotable para generar ingresos. Por ejemplo, una vez creada una patente, se habrá de averiguar si dicha patente tiene alguna aplicación comercial y, de ser así, qué ingresos reportará la venta del producto patentado.

39. El régimen de las operaciones garantizadas no puede responder a esta cuestión. Ahora bien, dada la utilización de la propiedad intelectual como garantía para obtener crédito, deberán considerarse y resolverse algunas de las complejidades inherentes a la determinación de su valor. Por ejemplo, pese a que la evaluación deberá tomar en consideración el valor en sí de la propiedad intelectual y los ingresos que pueda generar, no existe ninguna fórmula universalmente aceptada para efectuar tales cálculos. Dada la creciente importancia de la propiedad intelectual en cuanto bien gravable en garantía del crédito financiero que se negocie, en algunos Estados existen ya tasadores independientes de la propiedad intelectual al servicio

[10] Algunas de estas cuestiones pueden estar resueltas en alguna ley especial de la propiedad intelectual. Por ejemplo, el artículo 19 del Reglamento del Consejo (CE) Nº 40/94 relativo a las marcas comunitarias dispone que cabrá gravar una marca comunitaria y, a instancia de una de las partes, cabrá inscribir la garantía así constituida en el registro de marcas comunitarias.

tanto del prestamista como del prestatario. La autoridad competente de algunos países ha previsto ya una metodología para dicha valoración. Además, algunas organizaciones internacionales, como la OMPI, imparten capacitación en técnicas de valoración de la propiedad intelectual de índole general o destinada, en particular, a los acuerdos de licencia. Otras organizaciones internacionales, como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos, han desarrollado ya normas para la valoración de la propiedad intelectual en cuanto bien gravable en garantía de un crédito financiero.

Ejemplo 1 (derechos del propietario de una cartera de patentes y solicitudes de patente)

40. La sociedad A, empresa farmacéutica dedicada al desarrollo de nuevos medicamentos, desea obtener del Banco A la apertura de un crédito renovable parcialmente garantizado por la cartera de patentes y solicitudes de patente actuales y futuras de la empresa. La sociedad A facilita al Banco A una lista completa de todas sus patentes y solicitudes actuales de patente, junto con su cadena de titularidad. El Banco A evaluará las patentes y solicitudes de patente que vaya a incluir en la "base del préstamo" (es decir, la masa de patentes y de solicitudes de patente a las que el Banco A reconoce cierto valor en cobertura de su préstamo), y determinará el valor que se les asignará. Para dicho fin, el Banco A obtendrá de un tasador independiente de propiedad intelectual su dictamen acerca del valor de las patentes y solicitudes de patentes. El Banco A aceptará a continuación una garantía real sobre la cartera de patentes y solicitudes de patente e inscribirá un aviso de su garantía en el registro nacional de patentes (siempre que la ley aplicable haya previsto la inscripción de una garantía real en el registro de patentes). Cuando la sociedad A obtenga una nueva patente, facilitará al Banco A su cadena de titularidad para su inclusión en la base del préstamo. El Banco A tasará la nueva patente para determinar su valor crediticio adicional a fin de ajustar la base de su préstamo. El Banco A efectuará toda inscripción que proceda en la oficina de patentes para dejar constancia de su garantía sobre la nueva patente.

Ejemplo 2 (derechos de un licenciante en las regalías abonables por la licencia de sus personajes de revista ilustrada creados)

41. La sociedad B, empresa editora de publicaciones ilustradas, licencia los personajes de sus publicaciones a una amplia gama de fabricantes de prendas de vestir, juguetes, programas informáticos interactivos y otros artículos. El formulario del acuerdo de licencia del licenciante exige que todo licenciatario le notifique sus ventas y pague regalías trimestrales en función de dichas ventas. La sociedad B desea obtener un préstamo del Banco B garantizado por la corriente previsible de regalías abonables en virtud de sus acuerdos de licencia. La empresa B facilita al Banco B una lista de sus licencias y de la solvencia financiera de sus licenciatarios, junto con el estado actual de cada acuerdo de licencia. El Banco B exigirá a continuación de la sociedad B que obtenga de cada licenciatario un "certificado confirmatorio" de la existencia de la licencia, de la suma abonable y de la ausencia de impagos, en el que además confirme que consiente en abonar, en adelante y hasta nueva orden, las regalías al Banco B.

Ejemplo 3 (derechos de un licenciante a las regalías abonables por la licencia de una obra cinematográfica)

42. La sociedad C, empresa cinematográfica, desea producir una película. La sociedad C crea una sociedad independiente para filmar la película y contratar a los actores, al personal técnico, al productor y al director. La sociedad productora obtiene un préstamo del Banco C garantizado por los derechos de autor, los contratos de servicios y todos los ingresos reportados por la explotación comercial futura de la película. La sociedad productora concierta seguidamente acuerdos de licencia con distribuidores ubicados en distintos países que convienen en pagar "anticipos" de las regalías abonables por la entrega y explotación comercial de la película. La sociedad C concierta con cada distribuidor/licenciatario un acuerdo de "reconocimiento y asignación" con arreglo al cual el licenciatario reconoce la prelación de la garantía real del Banco C y la asignación al Banco de las regalías abonables, por el licenciatario, mientras que el Banco conviene en que en el caso de que haya de ejercitar su garantía real sobre los derechos del licenciante, no revocará la licencia en tanto que el licenciatario siga abonando las regalías y respetando lo estipulado en el acuerdo de licencia.

Ejemplo 4 (autorización de un licenciatario para hacer uso de un programa informático licenciado)

43. La sociedad D produce programas informáticos de alto valor técnico con diversas aplicaciones en arquitectura. Además de los componentes creados por sus propios ingenieros informáticos (que la sociedad licencia a sus clientes), la sociedad D incorpora a sus productos componentes informáticos licenciados por terceros (y que la sociedad D sublicencia a sus clientes). La sociedad D desea obtener un préstamo del Banco D garantizado por un gravamen constituido sobre sus derechos como licenciatario de la propiedad intelectual que licencia de terceros, es decir, sobre su derecho a usar y a incorporar en sus propios programas informáticos componentes informáticos que le son licenciados por terceros. A título de prueba, la sociedad D facilita al Banco D una copia de su licencia de dichos componentes informáticos.

Ejemplo 5 (derechos de un fabricante de existencias de artículos de marca)

44. La empresa E, fabricante de vaqueros de diseño y otras prendas de moda, desea obtener un préstamo del Banco E garantizado parcialmente por sus existencias de productos acabados. Muchos de los artículos fabricados por la empresa E llevan marcas conocidas licenciadas por terceros con arreglo a acuerdos de licencia que reconocen a la empresa E el derecho a fabricar y vender esos artículos. La empresa E facilita al Banco E sus acuerdos de licencia que acreditan su derecho a utilizar las marcas. El Banco E concede un crédito a la empresa E en función del valor de sus existencias.

Ejemplo 6 (derechos de un distribuidor de existencias de artículos de marca)

45. La sociedad F, empresa distribuidora de la sociedad E, desea obtener un préstamo del Banco F garantizado parcialmente por sus existencias de vaqueros de diseño y otras prendas compradas a la empresa E, la mayor parte con marcas licenciadas por terceros a la empresa F. La empresa F facilita al Banco F facturas de la sociedad E que acreditan que adquirió los vaqueros en venta autorizada, o copias

de sus acuerdos con la empresa E que acreditan que los vaqueros distribuidos por la empresa F son genuinos. El Banco F concede créditos a la empresa F en función del valor de sus existencias.

Ejemplo 7 (garantía real sobre todos los bienes de una empresa)

46. La empresa G, fabricante y distribuidora de cosméticos, desea obtener la apertura de un crédito por valor de 200 millones de euros para capital de explotación de su negocio. El Banco J condiciona la apertura de dicho crédito a su cobertura con una "hipoteca de empresa" que otorgue al banco una garantía real sobre la cuasi totalidad de los bienes actuales y futuros de la empresa G así como sobre los derechos de propiedad intelectual actuales y futuros de los que dicha empresa es propietaria o licenciataria.

E. Objetivos clave y principios básicos

[*Nota para el Grupo de Trabajo: para los párrafos 47 a 53, véanse A/CN.9/WG.VI/WP.35, párrafos 42 a 45, A/CN.9/667, párrafos 25 a 28, A/CN.9/WG.VI/ WP.33, párrafos 61 a 75, y A/CN.9/649, párrafos 88 a 97*.]

47. El objetivo global de la *Guía* es promover la concesión de crédito garantizado. A fin de lograr este objetivo general, la *Guía* señala y analiza diversos objetivos adicionales, particularmente los de la predecibilidad y la transparencia (véase Introducción, sección B, de la *Guía*). La *Guía* se inspira en diversos principios básicos que se desarrollan en su texto. Cabe citar el de la integralidad y globalidad del régimen de las operaciones garantizadas, su enfoque funcionalmente integrado (conforme al cual toda operación que cumpla una función de garantía será tenida por dispositivo de garantía, cualquiera que sea su denominación) y la posibilidad de constituir en garantía los bienes futuros de una empresa (véase Introducción, sección D, 3, de la *Guía*).

48. Estos objetivos clave y principios básicos conservan toda su validez respecto de las operaciones garantizadas por propiedad intelectual. Por consiguiente, el objetivo global de la *Guía* respecto de la propiedad intelectual es facilitar la obtención de crédito garantizado por empresas que dispongan de propiedad intelectual, a título de propietario o de usuario licenciado de la misma, al permitírseles que graven sus derechos de propiedad intelectual, sin interferir con los derechos reconocidos al propietario, al licenciante o al licenciatario de la propiedad intelectual por el derecho interno de la propiedad intelectual, o por el derecho general de los contratos o de los derechos reales. Por ejemplo, la *Guía* tiene por objeto:

a) Habilitar a las personas con derechos de propiedad intelectual para valerse del valor de su propiedad intelectual como garantía para la obtención de crédito financiero (véase objetivo clave 1, apartado a));

b) Facilitar a esas personas el pleno aprovechamiento del valor de sus derechos para la obtención de crédito (véase objetivo clave 1, apartado b));

c) Facultar a los titulares de derechos de propiedad intelectual la creación de garantías reales sobre dichos derechos por algún método simple y eficiente (véase objetivo clave 1, apartado c));

d) Dotar a las partes en operaciones garantizadas por propiedad intelectual de toda la flexibilidad posible para negociar las condiciones de su acuerdo de garantía (véase objetivo clave 1, apartado i));

e) Habilitar a toda parte interesada para determinar, con claridad y previsibilidad, la existencia eventual de una garantía real sobre determinado derecho de propiedad intelectual (véase objetivo clave 1, apartado f));

f) Habilitar a todo acreedor garantizado para determinar con claridad y previsibilidad la prelación de su garantía sobre determinada propiedad intelectual (véase objetivo clave 1, apartado g)); y

g) Prever una vía ejecutoria eficiente para toda garantía constituida sobre propiedad intelectual (véase objetivo clave 1, apartado h)).

49. Uno de los principios básicos del derecho interno de la propiedad intelectual es estimular la creatividad intelectual y la difusión de nuevas ideas o descubrimientos. Al servicio de este principio general, el derecho interno de la propiedad intelectual otorga derechos de exclusividad a los propietarios y titulares de menor rango de estos derechos, es decir, a los licenciantes y licenciatarios de propiedad intelectual. Con miras a alcanzar los objetivos clave del régimen de las operaciones garantizadas sin interferir con los objetivos del régimen de la propiedad intelectual, facilitando así la financiación del desarrollo y la difusión de nuevas ideas, la *Guía* enuncia el principio general por el que se regirá la interacción entre el régimen de las operaciones garantizadas y el derecho interno aplicable a la propiedad intelectual. Dicho principio está enunciado en el apartado b) de la recomendación 4 (véase A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, sección II, A, 4).

50. Bástenos indicar a estas alturas que el régimen recomendado en la *Guía* no define, de por sí, el contenido de un derecho de propiedad intelectual, ni describe o limita el alcance de los derechos de que dispone el propietario o algún titular de rango inferior, tal como un licenciante o un licenciatario, para hacer valer o preservar el valor de sus derechos de propiedad intelectual e impedir todo uso no autorizado de esos derechos. A este respecto, debería insistirse en que el objetivo clave de promover la financiación de una empresa, garantizada por su propiedad intelectual, deberá lograrse de modo que no interfiera con los objetivos del derecho interno de la propiedad intelectual destinados a impedir el uso no autorizado de la propiedad intelectual o a proteger su valor con miras a fomentar la innovación y la creatividad técnica.

51. Este objetivo clave de facilitar la obtención de crédito garantizado sin interferir con los objetivos del derecho interno de la propiedad intelectual significa también que ni la existencia de un régimen de la financiación garantizada ni la creación de una garantía real sobre propiedad intelectual debe menoscabar el valor de la propiedad intelectual afectada. Debe por ello observarse que la constitución de un gravamen sobre la propiedad intelectual no debe ser entendido como un acto de abandono de la propiedad intelectual (por ejemplo, el uso indebido de una marca comercial, la irregularidad de su empleo en los artículos fabricados o en los servicios prestados o el control de calidad inadecuado de los artículos que lleven la marca puede restar valor a la propiedad intelectual o incluso constituir un acto de abandono de la misma) por su propietario o por el acreedor garantizado.

52. Además, tratándose de bienes o de servicios asociados a una marca, el régimen de las operaciones garantizadas debe evitar dar lugar a confusión en cuanto al origen de los bienes o de los servicios (evitando, por ejemplo, que el acreedor garantizado ponga su nombre y dirección en las mercancías en lugar del nombre y la dirección del fabricante o que el acreedor retenga la marca de las mercancías pero las venda en un lugar donde dicha marca pertenezca a otra persona).

53. Por último, el régimen de las operaciones garantizadas no debe prestarse a que el acto constitutivo de un gravamen sobre el derecho de un licenciatario, que con arreglo al derecho aplicable a la propiedad intelectual no sea transferible sin el consentimiento del licenciante, dé lugar a la transferencia de dicho derecho sin el consentimiento de su propietario.

(A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre el proyecto de anexo a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 15º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
II.	Ámbito de aplicación y autonomía contractual de las partes	1-24
	A. Amplio ámbito de aplicación	1-21
	B. Aplicación del principio de la autonomía de las partes a las garantías reales sobre propiedad intelectual	22-24
III.	Constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual	25-66
	A. Constitución de una garantía real y su oponibilidad a terceros	26-28
	B. Concepto unitario de la garantía real	29
	C. Requisitos para la constitución de una garantía sobre propiedad intelectual	30-32
	D. Derechos del otorgante sobre la propiedad intelectual que vaya a gravarse	33
	E. Distinción entre un acreedor garantizado por propiedad intelectual y el propietario del derecho gravado	34-36
	F. Tipos de propiedad intelectual gravable	37-59
	G. Garantías reales sobre propiedad intelectual futura	60-64
	H. Limitaciones legales o contractuales de la transferibilidad de un derecho de propiedad intelectual	65-66

II. Ámbito de aplicación y autonomía contractual de las partes

[*Nota para el Grupo de Trabajo: para los párrafos 1 a 24, véanse A/CN.9/WG.VI/WP.35, párrafos 46 a 67, A/CN.9/667, párrafos 29 a 31, A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 82 a 108, y A/CN.9/649, párrafos 81 a 87.*]

A. Amplio ámbito de aplicación

1. La *Guía* es aplicable a las garantías reales constituidas sobre todo tipo de bienes muebles, inclusive la propiedad intelectual, creadas o adquiridas por una persona física o jurídica en garantía de cualquier tipo de obligación, así como a toda operación comercial que cumpla una función de garantía, independientemente de como la denominen las partes o de como la haya calificado la ley anterior (véanse las recomendaciones 2 y 8). El anexo tiene un alcance igualmente amplio en lo que respecta a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual.

1. Bienes gravados que entran en el ámbito del presente anexo

2. La caracterización de los tipos de propiedad intelectual y la determinación de si esos tipos de propiedad intelectual son transferibles (y por tanto gravables) es asunto que compete al derecho interno de la propiedad intelectual. No obstante, la *Guía* y el anexo parten del principio de que puede constituirse una garantía real sobre una patente, sobre una marca comercial y sobre los derechos económicos derivados de un derecho de autor (pero no sobre el derecho moral de autor en sí, si el derecho interno de la propiedad intelectual no lo permite). La *Guía* y el anexo parten también del principio de que el bien gravado podrá ser uno o más de los diversos derechos exclusivos del propietario, así como los derechos de un licenciante o de un licenciatario de propiedad intelectual, o los derechos de propiedad intelectual usados respecto de un bien corporal.

3. Sin embargo, el ámbito de aplicación de la *Guía* y del anexo que se describen está sujeto a una importante limitación, a saber, que de conformidad con las normas generales del derecho interno de la propiedad, el derecho que vaya a ser gravado deberá ser transferible con arreglo al régimen general de la propiedad y al derecho interno de la propiedad intelectual. Debe señalarse que, con la excepción de los límites legales a la transferibilidad de los créditos por cobrar futuros o a la cesión global de créditos por cobrar, el régimen recomendado en la *Guía* no menoscabará regla legal alguna (particularmente del derecho interno de la propiedad intelectual) que limite la creación o la ejecutoriedad de una garantía real sobre determinado tipo de bienes o que limite la transferibilidad de esos bienes, particularmente si son de propiedad intelectual (véase la recomendación 18).

2. Operaciones que entran en el ámbito de la *Guía*

4. Tal como se ha indicado, la *Guía* es aplicable a todas las operaciones que cumplen una función de garantía, independientemente de cómo las denominen las partes o el derecho interno de la propiedad intelectual. En otras palabras, tanto si el derecho interno de la propiedad intelectual considera que la transferencia de un derecho de propiedad intelectual a un acreedor a título de garantía constituye una transferencia condicional como si la considera una transferencia "pura y simple" de tal derecho, para la *Guía* esta operación da lugar a una garantía real, por lo que su régimen le será aplicable.

3. Transferencia pura y simple de propiedad intelectual

5. La *Guía* es aplicable a toda cesión absoluta de créditos por cobrar (es decir, a toda cesión pura y simple de su titularidad) (recomendación 3). Dado que la *Guía*

considera créditos por cobrar a las regalías abonables por un licenciatario de propiedad intelectual, la *Guía* es aplicable a la cesión absoluta del derecho a cobrar las regalías. La inclusión de la cesión pura y simple de créditos por cobrar en el ámbito de aplicación de la *Guía* refleja el hecho de que esa cesión suele verse como una operación financiera que, en la práctica, será difícil de distinguir de un préstamo garantizado por créditos por cobrar.

6. La *Guía* es asimismo aplicable a la cesión de todo tipo de bienes muebles a título de garantía, al considerar que dicha cesión o transferencia es un dispositivo de garantía (véase la recomendación 2 d)). Por ello, si un Estado adopta las recomendaciones de la *Guía*, la transferencia de un derecho de propiedad intelectual (ya sea la plena titularidad del derecho o un derecho de alcance temporal o territorial limitado) para fines de garantía sería tratada como una operación garantizada. Por consiguiente, las partes podrán constituir una garantía real sobre propiedad intelectual valiéndose meramente del método previsto en el régimen legal recomendado por la *Guía* sin necesidad de ninguna otra formalidad requerida para una "transferencia". Ello no afectará a las prácticas que hayan de seguirse en materia de licencias dado que, conforme a la *Guía*, el acuerdo de licencia no da lugar a una garantía real y el derecho a revocar dicho acuerdo tampoco lo da.

7. Sin embargo, la *Guía* no será aplicable a la cesión o transferencia pura y simple de cualquier otro tipo de bien mueble, incluida la propiedad intelectual, salvo en la medida en que exista un conflicto de prelación entre el cesionario del bien transferido y un acreedor garantizado por un gravamen sobre dicho bien. El motivo por el que se excluye la cesión pura y simple de todo otro bien mueble, inclusive la propiedad intelectual, obedece a que estos bienes ya están debidamente regulados por otras leyes, inclusive por el derecho interno de la propiedad intelectual y, en el caso de algunos tipos de propiedad intelectual, están sujetos a inscripción en un registro especial.

4. Límites del ámbito de aplicación

8. En la Guía se asume que, a fin de facilitar el acceso a la financiación garantizada por propiedad intelectual, los Estados que promulguen un nuevo régimen de las operaciones garantizadas, conforme al régimen recomendado por la *Guía*, promulgarán asimismo reglas concernientes a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual. Por consiguiente, tal vez proceda que dichos Estados revisen su derecho interno de la propiedad intelectual con miras a sustituir todo dispositivo que hayan previsto para gravar la propiedad intelectual (incluida una cesión ficticia) por una garantía real general. Ahora bien, la *Guía* reconoce también que ello habrá de hacerse en armonía con los principios y la infraestructura del derecho interno de la propiedad intelectual (véase la recomendación 4 b)).

9. En diversos capítulos del presente anexo se abordan los posibles puntos de intersección entre el régimen de las operaciones garantizadas y el derecho interno de la propiedad intelectual. A fin de ofrecer un contexto para este análisis más detallado de las repercusiones de la recomendación 4 b), convendría distinguir en esta etapa entre: a) las cuestiones que pertenecen claramente al derecho interno de la propiedad intelectual y que no deben verse en modo alguno afectadas por la *Guía*; y b) las cuestiones sobre las cuales el régimen previsto en la *Guía* podrá verse desplazado o complementado por una norma del derecho interno de la propiedad intelectual que regule la misma cuestión de modo distinto al de la *Guía*.

a) Distinción entre los derechos de propiedad intelectual y las garantías reales sobre propiedad intelectual

10. La *Guía* solo aborda las cuestiones jurídicas que son exclusivas del régimen de las operaciones garantizadas, pero no se ocupa ni de la naturaleza ni de los atributos jurídicos del bien que sea objeto de la garantía real, que se regirán exclusivamente por la normativa de la propiedad aplicable a dicho bien (con la sola excepción parcial de los créditos por cobrar, al ser la *Guía* aplicable a la cesión pura y simple de créditos por cobrar).

11. En el contexto de la financiación garantizada por propiedad intelectual, se desprende de lo anterior que la *Guía* no afecta ni pretende afectar a cuestiones relativas a la existencia, la validez, la ejecutoriedad y el contenido de los derechos de propiedad intelectual del otorgante. Estas cuestiones se rigen exclusivamente por el derecho interno de la propiedad intelectual. Naturalmente, el acreedor garantizado deberá prestar atención a dicho régimen a fin de evaluar la existencia y la calidad de los bienes gravables, pero esta precaución sería igualmente aconsejable tratándose de cualquier otro bien. A continuación se presenta una lista indicativa y no exhaustiva de cuestiones que suele regular el derecho interno de la propiedad intelectual y que son de interés para tal evaluación. El derecho interno de la propiedad intelectual regulará tal vez otras cuestiones no incluidas en la siguiente lista.

Derechos de autor:

a) Determinación del autor o del coautor;

b) Duración del amparo que brindan los derechos de autor;

c) Derechos económicos amparados por la ley, y límites y excepciones del amparo otorgado;

d) Naturaleza del objeto amparado (valor materializable en la obra y no la idea en cuanto tal, y línea divisoria entre la idea y su valor económico);

e) Transferibilidad, a tenor de la ley, de los derechos económicos;

f) Revocación eventual de una transferencia o de una licencia y toda otra regla aplicable a un derecho transferido o licenciado;

g) Alcance e instransferibilidad del derecho moral de autor;

h) Presunciones relativas al ejercicio y la transferencia de un derecho de autor y limitaciones concernientes a la persona legitimada para ejercitarlo;

i) Atribución de la titularidad original en el caso de obras hechas por encargo y de obras hechas por un empleado en el cumplimiento de su cometido.

Patentes:

a) Determinación del inventor o del coinventor;

b) Validez de una patente y país en donde se haya de presentar la solicitud de patente o hacer su inscripción;

c) Límites y excepciones del amparo otorgado;

d) Alcance y duración del amparo otorgado;

e) Motivos para impugnar su validez (su índole obvia o la ausencia de novedad);

f) Pérdida eventual del derecho a patentar una idea, por haber sido esta objeto de cierta divulgación previa;

g) Determinación de si el amparo será otorgado al primer usuario de una idea patentable o al primero en presentar una solicitud de patente.

Marcas comerciales y marcas de servicios:

a) Determinación del primer usuario o del primer propietario de una marca;

b) Determinación de si la marca ha de reconocerse al primer usuario de la misma o al primero en presentar una solicitud de patente;

c) Determinación de si el uso previo de una marca es un requisito para su inscripción en el registro o de si el derecho se crea al hacerse la inscripción inicial de la marca y se mantiene por utilización subsiguiente;

d) Fundamento para que un derecho sea amparable (su índole distintiva);

e) Motivos para la pérdida del amparo otorgado (dejación por el titular de su deber de velar por la calidad del producto asociado a su marca en el mercado), como sucedería si:

i) Se licencia la marca sin que el licenciante controle directa o indirectamente la índole o la calidad de los bienes o servicios asociados con la marca (denominada la "nuda licencia"); o

ii) Se altera la apariencia de la marca al punto de que esta pierda su correspondencia con la marca registrada;

f) Determinación de si la marca es transferible con o sin su clientela.

b) Solapamiento eventual entre el régimen de las operaciones garantizadas y el derecho interno de la propiedad intelectual

12. Las cuestiones que se acaban de abordar no exigen reconocimiento alguno de la primacía, en esta materia, del derecho interno de la propiedad intelectual, dado que la *Guía* no pretende regular en modo alguno, esas cuestiones. En otras palabras, no se trata de cuestiones en las que el principio enunciado en la recomendación 4 b) tenga alguna aplicación. La cuestión de la primacía eventual de una u otra norma surge únicamente cuando el derecho interno de la propiedad intelectual haya previsto alguna regla sobre una cuestión que entre también en el ámbito de la *Guía*, a saber, una cuestión que interese a la constitución, la prelación o el ejercicio de una garantía real sobre propiedad intelectual, así como su oponibilidad a terceros o ley aplicable a tal garantía.

13. El alcance y las consecuencias precisas de la remisión a la norma aplicable no pueden enunciarse abstractamente, dado que existen grandes diferencias entre los Estados en cuanto alcance de su normativa específica de la propiedad intelectual, e incluso dentro de un mismo Estado, según el tipo de propiedad intelectual de que se

trate. No obstante, a continuación se presentan, a título ilustrativo, ejemplos de algunos casos que se plantean con frecuencia.

Ejemplo 1

14. Algunos Estados, en los que cabe crear una garantía real por transferencia de la titularidad del bien gravado, no permiten constituir garantías reales sobre una marca comercial por temor a que la transferencia de la titularidad al acreedor garantizado dificulte la práctica del control de calidad exigible del titular de la marca. Si tales Estados adoptaran las recomendaciones de la *Guía*, tal prohibición perdería su razón de ser, al dejar de ser necesaria dicha transferencia, dado que, con arreglo al concepto de garantía real adoptado en la *Guía*, el otorgante conserva la propiedad del bien gravado (otro asunto sería que el derecho interno de la propiedad intelectual sea el que haya previsto que el acreedor garantizado se subrogue en el derecho del propietario o titular de menor rango de la propiedad gravada). Sin embargo, la adopción de las recomendaciones de la *Guía* no supondría la eliminación automática de la prohibición. La primacía reconocida al derecho interno de la propiedad intelectual significa que se habría de hacer una enmienda, a dicho fin, en la norma legal aplicable a la propiedad intelectual gravada.

Ejemplo 2

15. En algunos Estados, con arreglo a su derecho interno de la propiedad intelectual, la inscripción de toda transferencia de propiedad intelectual o de toda garantía real constituida sobre la misma, en un registro especial, es un requisito previo obligatorio para la validez entre las partes o la oponibilidad a terceros tanto de la sola transferencia pura y simple de un derecho como de la transferencia pura y simple y de la garantía real constituida sobre derechos de propiedad intelectual que hayan de inscribirse en dicho registro de la propiedad intelectual. Habida cuenta de la primacía reconocida al derecho interno de la propiedad intelectual a tenor de la recomendación 4 b), la adopción de las recomendaciones de la *Guía* no menoscabaría la aplicación de esa regla, por lo que seguiría siendo exigible la inscripción en dicho registro especial. Ahora bien, la prelación reconocida al derecho interno de la propiedad intelectual no bastará para resolver la cuestión de la coordinación entre el registro general de las garantías reales y el registro especial de la propiedad intelectual (véase A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2, párrafos 15 a 19) o la cuestión de si cabrá constituir una garantía sobre un derecho de propiedad intelectual futuro y dar aviso de ella en un registro (véanse los párrafos 60 a 63 *infra* y A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2, párrafos 20 a 22).

Ejemplo 3

16. En algunos Estados, el derecho interno de la propiedad intelectual prevé la inscripción tanto de las cesiones puras y simples como de las garantías reales en su respectivo registro de la propiedad intelectual, pero la inscripción no es obligatoria al no ser un requisito previo indispensable para la constitución de una garantía o para hacerla oponible a terceros. Ahora bien, la inscripción influye en el orden de prelación, al prevalecer la operación inscrita sobre la no inscrita. En dichos Estados, la recomendación 4 b) preservaría esa regla del derecho interno de la propiedad intelectual, por lo que todo acreedor garantizado, que desee obtener pleno amparo, tal vez haya de inscribir no solo un aviso de su garantía en el registro general de las

garantías reales sino también su acuerdo de garantía o un aviso de dicho acuerdo en el registro de la propiedad intelectual (aun cuando, si el registro de la propiedad intelectual permite la inscripción de una garantía real, bastaría con hacer la inscripción en dicho registro). Ello se debe a que: a) la inscripción en el registro general de las garantías reales es un requisito previo para que la garantía sea oponible con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas; y b) la inscripción en el registro de la propiedad intelectual será necesaria para proteger al acreedor garantizado frente al riesgo de que prevalezca sobre su garantía toda cesión pura y simple del derecho gravado o toda garantía real constituida sobre dicho derecho que se haya inscrito en el registro de la propiedad intelectual, al ser aplicable el orden de prelación del derecho interno de la propiedad intelectual.

17. En algunos Estados, la inscripción de la transferencia de un derecho o de la garantía constituida sobre un derecho en el correspondiente registro de la propiedad intelectual solamente confiere protección frente a una transferencia anterior de dicho derecho o frente a una garantía real anterior que no se hayan inscrito si la persona con la garantía inscrita la aceptó sin tener conocimiento del derecho o de la garantía no inscrita (por ejemplo, si esa persona es un comprador de buena fe). En los Estados en que esta regla sea una norma del derecho interno de la propiedad intelectual cuya primacía está reconocida por la *Guía* en su recomendación 4 b) (frente a toda regla del régimen de las operaciones garantizadas o que sea aplicable en el derecho interno del Estado), la adopción de las recomendaciones de la *Guía* suscitará también la cuestión de si la inscripción de una garantía real sobre propiedad intelectual en el registro general de las garantías reales constituye una notificación implícita dada a todo acreedor garantizado subsiguiente que inscriba su garantía real en el registro de la propiedad intelectual. De ser así, en todo Estado cuyo derecho interno prevea dicha regla de amparo al comprador de buena fe, no será necesario que un acreedor garantizado, que haya inscrito un aviso en el registro general de las garantías reales, inscriba además un aviso o documento probatorio de su garantía en el registro de la propiedad intelectual, a fin de tener prelación frente a todo ulterior cesionario o acreedor garantizado. Ahora bien, de no ser así, tal vez sea necesario, en dicho Estado, inscribir un aviso o documento probatorio de la garantía real, en su registro de la propiedad intelectual, a fin de asegurar su prelación frente a todo comprador ulterior de buena fe del bien gravado.

Ejemplo 4

18. El derecho interno de la propiedad intelectual de algunos Estados ha previsto la inscripción en su correspondiente registro de la propiedad intelectual de las transferencias de derechos de propiedad intelectual, pero no de las garantías reales constituidas sobre tales derechos. En tal caso, la inscripción solo determinará la prelación entre los cesionarios, pero no entre un cesionario y un acreedor garantizado. En todo Estado que adopte este enfoque, el acreedor garantizado deberá cerciorarse de que se haya inscrito, en el registro de la propiedad intelectual, un aviso o documento probatorio de toda transferencia de propiedad intelectual destinada a su otorgante a fin de no correr el riesgo de que un derecho ulterior debidamente inscrito prevalezca sobre el derecho del otorgante. Por lo demás, sin embargo, los derechos del acreedor garantizado serán determinados por el régimen de las operaciones garantizadas. Por igual razón, el acreedor garantizado deberá cerciorarse de que un aviso o documento probatorio de la transferencia que le haya hecho el otorgante con fines de garantía está debidamente inscrito en el

registro de la propiedad intelectual, a fin de evitar el riesgo de que el derecho adquirido por un cesionario subsiguiente del otorgante prevalezca sobre la transferencia para fines de garantía al acreedor garantizado.

Ejemplo 5

19. Conforme al derecho interno de la propiedad intelectual de algunos Estados, la inscripción de un aviso o documento probatorio de la transferencia de derechos de propiedad intelectual o de la constitución de garantías reales sobre tales derechos es puramente facultativa, al tener por única finalidad la de facilitar la identificación del titular actual de los derechos. En tal caso, la ausencia de inscripción no invalida la operación ni afecta al orden de prelación (si bien podría crear presunciones probatorias). En los Estados que adopten este enfoque, la situación será esencialmente la misma que cuando no existan registros especiales de ningún tipo, como suele ocurrir en el caso de los derechos de autor. Cuando esas cuestiones estén reguladas por el derecho interno de la propiedad intelectual, la *Guía* remitirá a él. Ahora bien, si están reguladas por el régimen general de la propiedad, no se hará remisión alguna, dado que, en dicho caso, las reglas anteriores a la *Guía* no dimanan del derecho interno de la propiedad intelectual sino del régimen general de la propiedad. Así pues, la adopción del régimen recomendado en la *Guía* dará lugar a que ese régimen sustituya a toda regla anterior aplicable a la constitución, la oponibilidad a terceros, la prelación y otros aspectos de las garantías reales sobre propiedad intelectual. Naturalmente, las reglas anteriores sobre esas cuestiones seguirán siendo aplicables a la transferencia pura y simple de la propiedad intelectual, dado que la *Guía* solo regula las garantías reales sobre propiedad intelectual. Por consiguiente, será preciso que el acreedor garantizado verifique la calidad de toda transferencia pura y simple de propiedad intelectual a su otorgante. Sin embargo, esta gestión del riesgo de su garantía no difiere de la cautela exigible respecto de cualquier otro tipo de bien gravado para el cual no exista un registro especial.

Ejemplo 6

20. La determinación del titular de la propiedad intelectual en una cadena de cesionarios se rige por el derecho interno de la propiedad intelectual. Al mismo tiempo, la determinación de si una transferencia constituye una cesión pura y simple o una cesión a título de garantía se rige por el régimen general de la propiedad y por el de las operaciones garantizadas. Por último, la índole jurídica de la licencia nacida de un acuerdo de licencia se regirá por el derecho interno de la propiedad intelectual y por el derecho de los contratos.

Ejemplo 7

21. Si el derecho interno de la propiedad intelectual contiene reglas especiales aplicables al ejercicio de una garantía real sobre propiedad intelectual, dichas reglas prevalecerán sobre el régimen ejecutorio previsto en la *Guía*. Ahora bien, si el derecho interno de la propiedad intelectual no ha previsto regla especial alguna en lo relativo al ejercicio de una garantía real sobre propiedad intelectual y si el ejercicio de esas garantías se rige por el derecho procesal civil general, prevalecerá el régimen ejecutorio de las garantías reales previsto en la *Guía*. De igual modo, si no existe regla especial alguna en el derecho interno de la propiedad intelectual sobre el ejercicio extrajudicial de una garantía real, será aplicable el régimen previsto en la *Guía* para el ejercicio

extrajudicial de las garantías reales (véase A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, capítulo relativo a la ejecución de una garantía real).

B. Aplicación del principio de la autonomía de las partes a las garantías reales sobre propiedad intelectual

22. La *Guía* reconoce en general el principio de la autonomía contractual de las partes, si bien se prevén algunas excepciones (véanse las recomendaciones 10, 111 y 112). Este principio se aplica igualmente a las garantías reales sobre propiedad intelectual en la medida en que el derecho interno de la propiedad intelectual no limite la autonomía de las partes (véase A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, párrafos 23 a 25). Conviene señalar que las recomendaciones 111 a 113 se aplican únicamente a los bienes corporales, pues se refieren a la posesión del bien gravado, mientras que un bien inmaterial no es, por definición, objeto de posesión.

23. Una forma especial de enunciar el principio de la autonomía de las partes en las operaciones garantizadas sobre propiedad intelectual sería la siguiente: un otorgante y un acreedor garantizado podrán convenir en que el acreedor garantizado adquiera algunos de los derechos de su propietario o de su titular de menor rango reconocidos en el derecho interno de la propiedad intelectual, pasando así a ser propietario o titular de menor rango de esos derechos, lo que le legitimará para efectuar o renovar inscripciones en el registro, y para procesar a todo infractor del derecho gravado. Este pacto podría revestir la forma de una cláusula especial del acuerdo de garantía o de un pacto aparte entre el otorgante y el acreedor garantizado, dado que, con arreglo a la *Guía*, este último no se convierte en propietario del derecho gravado por el mero hecho de obtener una garantía real sobre dicho derecho.

24. Cabe señalar también que toda suma percibida por daños y perjuicios a raíz de la infracción de un derecho de propiedad intelectual entraría en la definición de "producto" ("todo aquello que se perciba por concepto de los bienes gravados"), al que se extendería el gravamen constituido sobre la propiedad intelectual originariamente gravada. Sin embargo, el derecho a procesar a todo infractor (por oposición al derecho a percibir una indemnización por daños y perjuicios a raíz de una infracción) es algo muy distinto. Ese derecho no será nunca producto del bien gravado, pues no entra en la definición de "todo aquello que se perciba por concepto de los bienes gravados", definición que complementa la lista indicativa (es decir, no exhaustiva) que se da en la definición ("inclusive ... y las reclamaciones presentadas por razón de defectos de un bien gravado, daños sufridos por este o pérdida del mismo").

III. Constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: para los párrafos 25 a 64, véanse A/CN.9/WG.VI/WP.35, párrafos 68 a 102, A/CN.9/667, párrafos 32 a 54, A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 112 a 133, y A/CN.9/649, párrafos 16 a 28.*]

25. Las recomendaciones y las observaciones generales de la *Guía* relativas a la constitución de una garantía real son aplicables a las garantías reales sobre propiedad

intelectual (véanse las recomendaciones 13 a 19), conforme se complementan en los párrafos siguientes con las observaciones concernientes a la propiedad intelectual.

A. Constitución de una garantía real y su oponibilidad a terceros

26. Respecto de todo tipo de bien gravado (la propiedad intelectual incluida), la *Guía* hace una distinción entre la constitución de una garantía real (su validez entre las partes) y su oponibilidad a terceros, previendo requisitos distintos para una y otra. Ello significa que cabrá reducir a un mínimo los requisitos para la constitución de una garantía real, destinándose todo requisito adicional que se estime oportuno para hacerla oponible a terceros. La razón principal de esta distinción es la de lograr tres de los objetivos clave del régimen recomendado en la *Guía*, el de prever una vía sencilla y eficiente para la constitución de una garantía real, pero sin menoscabar su certeza y transparencia, y el de establecer un orden de prelación claro (véase la recomendación 1 c), f) y g)).

27. Con arreglo a la *Guía*, cabe crear una garantía real mediante un pacto concertado entre el otorgante y el acreedor garantizado (véase la recomendación 13). Para que la garantía sea oponible a terceros se exige dar un paso adicional que, para los bienes inmateriales, consistirá en un aviso que ha de darse a terceros acerca de la existencia eventual de una garantía real, que establezca además un criterio objetivo para determinar la prelación entre el acreedor garantizado y todo reclamante concurrente (véase la recomendación 29). Por ello, si se ha constituido una garantía real conforme a los requisitos enunciados en la *Guía*, esa garantía será válida entre el otorgante y el acreedor garantizado aun cuando no se haya dado el paso adicional necesario para que la garantía sea oponible a terceros (véase la recomendación 30). Ello significa que el acreedor garantizado podrá ejercitar su garantía conforme a lo previsto en el capítulo IX de la *Guía*, a reserva claro está de los derechos de todo reclamante concurrente a los que será aplicable el orden de prelación indicado en el capítulo V.

28. Esta distinción se aplica por igual a las garantías reales sobre propiedad intelectual. Conforme a la *Guía*, una garantía constituida sobre propiedad intelectual podrá ser válida entre el otorgante y el acreedor garantizado aun cuando no sea oponible a terceros. En algunos Estados, el derecho interno de la propiedad intelectual hace esta misma distinción. Pero en otros Estados, su derecho interno de la propiedad intelectual no hace dicha distinción, al disponerse que unos mismos requisitos serán aplicables para la constitución de la garantía y para hacerla oponible a terceros. En tal caso, el derecho interno primará sobre la *Guía*, conforme a lo previsto en su recomendación 4 b). Para coordinar mejor el régimen de las operaciones garantizadas con el derecho interno de la propiedad intelectual, tal vez proceda que todo Estado que adopte las recomendaciones de la *Guía* examine, y eventualmente revise, su derecho interno de la propiedad intelectual. En dicha revisión procederá que el Estado determine si: a) la ausencia de una distinción entre la validez entre las partes de una garantía real y su oponibilidad a terceros responde a algún objetivo específico del derecho interno de la propiedad intelectual (y no meramente del régimen general de la propiedad, del derecho común de los contratos o del régimen de las operaciones garantizadas), por lo que no procede hacer esa distinción; o b) no hay inconveniente en que se haga esa distinción en el derecho

interno de la propiedad intelectual con miras a armonizarlo con el régimen recomendado en la *Guía*.

B. Concepto unitario de la garantía real

29. El derecho interno de la propiedad intelectual tal vez permita la constitución de garantías reales sobre propiedad intelectual por medio de una transferencia pura y simple o por medio de una transferencia condicional de la propiedad intelectual, o a modo de hipoteca, prenda, fiducia o alguna otra garantía tradicional. La *Guía* utiliza el término "garantía real" para referirse a toda operación concertada con fines de garantía. Adopta así lo que se denomina el "enfoque unitario" de las operaciones garantizadas. Si bien la *Guía* prevé, a título de excepción, que los Estados que adopten el enfoque no unitario en el contexto limitado de la financiación de adquisiciones podrán conservar operaciones calificadas de retención de la titularidad o de arrendamiento financiero, esta excepción es únicamente aplicable a los bienes corporales y, por lo tanto, no tendría sentido en el contexto de la propiedad intelectual. Por ello, los Estados que adopten las recomendaciones de la *Guía* tal vez deseen revisar su derecho interno de la propiedad intelectual con miras a: a) sustituir por "garantía real" todos los términos que se empleen para designar al dispositivo de garantía de un acreedor garantizado; o b) disponer que, sea cual sea el término por el que se designe, todo derecho que cumpla una función de garantía será tratado al igual que toda otra garantía, conforme al trato previsto en la *Guía* para las garantías reales.

C. Requisitos para la constitución de una garantía sobre propiedad intelectual

30. Con arreglo a la *Guía*, la constitución de una garantía real sobre un bien inmaterial debe hacerse por escrito. Además, el otorgante deberá tener derechos sobre el bien gravable o estar legitimado para gravarlo. El pacto escrito deberá dejar constancia de la intención de las partes de constituir una garantía real, identificar al acreedor garantizado y al otorgante, y describir la obligación garantizada y los bienes gravados (véanse las recomendaciones 13 a 15). Tal como se ha mencionado, no se requiere ninguna medida adicional para la constitución de una garantía real sobre un bien inmaterial. Las medidas adicionales (como la inscripción de un aviso en el registro general de las garantías reales) exigibles para que la garantía sea oponible a terceros no son exigibles para constituir la garantía válidamente entre el otorgante y el acreedor garantizado.

31. El derecho interno de la propiedad intelectual de muchos Estados impone, sin embargo, diversos requisitos para la constitución de una garantía sobre propiedad intelectual. Por ejemplo, tal vez se exija la inscripción de un aviso o documento probatorio de la garantía constituida (por ejemplo, de una transferencia con fines de garantía, de una hipoteca o de una prenda) en el correspondiente registro de la propiedad intelectual. Además, el derecho interno de la propiedad intelectual tal vez exija que el pacto o acuerdo de garantía describa en términos precisos la propiedad intelectual que se vaya a gravar. Por ejemplo, una descripción que la *Guía* tenga por suficiente (por ejemplo, del tipo "toda la propiedad intelectual") pudiera no ser suficiente con arreglo al régimen de la propiedad intelectual. Todo dependerá de lo

que diga la norma del derecho interno de la propiedad intelectual aplicable al respecto. De igual modo, dado que, en algunos registros de la propiedad intelectual, la operación garantizada será inscrita bajo la propiedad intelectual gravada, y no bajo el nombre u otro dato identificador del otorgante, para crear la garantía real no bastará con hacer inscribir un documento que se refiera meramente a "toda la propiedad intelectual del otorgante". Hará falta, por ello, que el acuerdo de garantía u otro documento, que se haga inscribir en el registro de la propiedad intelectual para constituir la garantía, identifique cada derecho de propiedad intelectual gravado.

32. En tales casos, conforme al principio enunciado en la recomendación 4 b), el régimen recomendado por la *Guía* sería únicamente aplicable en la medida en que no sea incompatible con el derecho interno de la propiedad intelectual. Claro está, los Estados que adopten el régimen recomendado por la *Guía* tal vez deseen examinar su derecho interno de la propiedad intelectual para determinar si los criterios y requisitos, que se exijan para la constitución de una garantía sobre propiedad intelectual, cumplen un cometido importante para el derecho interno de la propiedad intelectual, por lo que deberán ser retenidos, o si procedería armonizarlos con los criterios y requisitos del régimen recomendado por la *Guía*.

D. Derechos del otorgante sobre la propiedad intelectual que vaya a gravarse

33. Conforme se mencionó, todo otorgante de una garantía real deberá tener derechos sobre el bien que se vaya a gravar o estar legitimado para gravarlo (véase la recomendación 13). Este principio del régimen de las operaciones garantizadas se aplica también a la propiedad intelectual. El otorgante podrá gravar la plenitud de su derecho o un derecho tan solo parcial sobre el bien gravable. Por ello, el propietario o titular de menor rango de la propiedad intelectual podrá gravar la plenitud de su derecho o un derecho de ámbito temporal o territorial limitado. Además, a tenor del régimen general de la propiedad, el otorgante podrá gravar sus bienes únicamente en la medida en que esos bienes sean transferibles con arreglo al régimen general de la propiedad. Este principio se aplica también a las operaciones garantizadas por propiedad intelectual. Por ello, el propietario o titular de menor rango solamente podrá gravar su derecho en la medida en que ese derecho sea transferible con arreglo al derecho interno de la propiedad intelectual.

E. Distinción entre un acreedor garantizado por propiedad intelectual y el propietario del derecho gravado

34. A efectos del régimen de las operaciones garantizadas previsto en la *Guía*, la creación de una garantía real no afectará al propietario (o titular de menor rango) de la propiedad intelectual gravada (es decir, no supondrá cambio alguno en la titularidad del bien gravado), al no pasar el acreedor garantizado a ser propietario (o titular de menor rango) por la sola razón de que haya adquirido una garantía real sobre la propiedad intelectual.

35. Ahora bien, con arreglo al capítulo de la *Guía* dedicado a la vía ejecutoria, a raíz de un incumplimiento del otorgante, el acreedor garantizado podrá ejercitar su

garantía real disponiendo del bien gravado (el derecho del propietario o titular de menor rango de la propiedad intelectual) o podrá ofrecerse a retener la propiedad intelectual gravada en satisfacción de la obligación garantizada (véanse las recomendaciones 156 y 157). En ciertos casos, el acreedor garantizado podrá intervenir a título de comprador en la venta pública del bien gravado (véanse las recomendaciones 141 y 148). Por ello, si bien la *Guía* no prevé que la constitución de una garantía sobre propiedad intelectual dé lugar a un cambio de propietario (o del titular de menor rango) de la propiedad intelectual gravada, el ejercicio de la garantía del acreedor garantizado a raíz de un incumplimiento del otorgante dará a menudo lugar a una transferencia del derecho de propiedad intelectual gravado (por lo que incidirá sobre la identidad, prevista por el derecho interno de la propiedad intelectual, del propietario o titular de menor rango del derecho gravado). En casos en los que el ejercicio de una garantía real sobre propiedad intelectual dé lugar a su transferencia al acreedor garantizado o a la retención por este de la propiedad intelectual gravada en satisfacción de la obligación garantizada, el acreedor garantizado pasará a ser propietario o titular de menor rango del derecho gravado por el otorgante.

36. En todo caso, la cuestión de saber quién es el propietario (o titular de menor rango) de la propiedad intelectual y la de saber si las partes podrán determinar esta cuestión por sí solas es un asunto que depende del derecho interno de la propiedad intelectual. Cabe que, con arreglo al derecho interno de la propiedad intelectual, un acreedor garantizado sea tratado como propietario (pudiendo, por ejemplo, renovar inscripciones o procesar a infractores del derecho gravado) o que esté legitimado para estipular con el propietario las condiciones en las que el acreedor garantizado pasará a ser propietario.

F. Tipos de propiedad intelectual gravable

37. Con arreglo a la *Guía*, cabrá constituir una garantía real no solo sobre los derechos del propietario sino también sobre los derechos de un titular de menor rango de la propiedad intelectual, tales como los derechos de un licenciante o de un licenciatario nacidos del acuerdo de licencia. Además, cabrá crear una garantía sobre un bien corporal al que se haya incorporado propiedad intelectual (por ejemplo, relojes de artesanía o prendas de vestir de marca). Conforme se mencionó, se habrá de describir la propiedad intelectual gravada en el acuerdo de garantía (bastará con describirla en términos generales; véase la recomendación 14 d)).

38. Debe señalarse que la *Guía* no pretende desplazar (con la salvedad de los límites legales impuestos a la transferibilidad de créditos por cobrar futuros, por su condición de créditos futuros, o a la transferibilidad global de créditos por cobrar; véase la recomendación 23) regla alguna del derecho interno de la propiedad intelectual (o de otra norma legal por lo demás aplicable) que limite la creación o ejecutoriedad de una garantía real o la transferibilidad de la propiedad intelectual (u otro tipo de bien) (véase la recomendación 18). De igual modo, la *Guía* tampoco priva de validez a los límites contractuales de la transferibilidad de un derecho de propiedad intelectual (salvo que se trate de límites contractuales de la transferibilidad de créditos por cobrar; véase la recomendación 24). Por ello, si, con arreglo al derecho interno de la propiedad intelectual, no cabe constituir una garantía sobre un derecho de propiedad intelectual, o ejecutar dicha garantía, o si el derecho de

propiedad intelectual no es transferible, el régimen recomendado por la *Guía* no interferirá con esos límites.

1. Derechos de un propietario

39. La *Guía* será aplicable a toda operación garantizada por propiedad intelectual en la que se hayan gravado los derechos de un propietario. Esos derechos son, esencialmente, el derecho del propietario a disfrutar de su propiedad intelectual, así como su derecho a impedir todo uso no autorizado y a procesar a todo infractor de la propiedad intelectual, y el derecho a inscribir su propiedad intelectual en el registro correspondiente y a licenciarla a cambio del pago de regalías.

40. Si, con arreglo al derecho interno de la propiedad intelectual, cabe crear y ejercitar una garantía sobre este tipo de derechos o si estos derechos son transferibles, el propietario podrá gravar la totalidad o algunos de esos derechos con arreglo al régimen recomendado por la *Guía* y ese régimen será aplicable a dicha garantía. Pero si esos derechos no son gravables o transferibles con arreglo al derecho interno de la propiedad intelectual, no cabrá gravarlos con arreglo al régimen recomendado en la *Guía*, dado que, conforme se ha mencionado, la *Guía* no interfiere con ninguna norma legal que limite la creación o ejecutoriedad de una garantía real sobre ciertos tipos de bienes, o la transferibilidad de esos bienes, con la sola salvedad de toda disposición por la que se limite la transferibilidad de créditos por cobrar futuros o la transferibilidad global de créditos por cobrar (véase la recomendación 18).

41. De igual modo, el derecho interno de la propiedad intelectual será el que determine si cabrá gravar el derecho del propietario para procesar a todo infractor de su derecho y cobrar una indemnización al respecto, que es un derecho inherente a la propiedad, gravándolo por separado de los demás derechos del propietario. En particular, las circunstancias del caso serán las que determinen si el derecho del propietario para procesar a todo infractor de su derecho forma parte de los derechos originariamente gravados por el propietario, así como si la garantía real se extenderá a la indemnización eventualmente cobrable, a título de producto del bien originariamente gravado, y serán también las que determinen si el cesionario de un derecho de propiedad intelectual gravado podrá proseguir el litigio abierto y reclamar el pago de una indemnización.

42. Por ello, si, antes de crearse una garantía real sobre los derechos de un propietario, se ha cometido una infracción de su derecho y si el propietario ha procesado al infractor y el infractor ha indemnizado al propietario, toda suma abonada por el infractor antes de constituirse el gravamen no formaría parte de los derechos gravados por el propietario, por lo que el acreedor garantizado no podría reclamar dicha suma, a raíz de un incumplimiento, como formando parte del bien originariamente gravado. Pero, si se paga la indemnización al propietario (por una infracción perpetrada antes o después de constituirse la garantía) habiéndose ya constituido el gravamen, el acreedor garantizado podrá reclamar la suma abonada, pero únicamente a título de producto del bien originariamente gravado. Si el pago de la indemnización sigue pendiente, ese crédito por cobrar podría formar parte de la propiedad intelectual originariamente gravada, si el acuerdo de garantía la incluye en la descripción del bien originariamente gravado; de no ser así, a raíz del incumplimiento, el acreedor garantizado podrá, no obstante, reclamar el crédito por cobrar a título de producto del bien originariamente gravado. Por último, si un

litigio sigue pendiente al constituirse la garantía real, toda persona que compre la propiedad intelectual en una venta ejecutoria de la misma, deberá poder proseguir el litigio y cobrar toda indemnización que sea otorgada (de nuevo, si lo permite el derecho interno de la propiedad intelectual).

43. Las mismas consideraciones son aplicables a la cuestión de si cabrá gravar o transferir el derecho a inscribir la propiedad intelectual o a renovar su inscripción, entrando así a formar parte de los derechos gravados por un propietario. El derecho interno de la propiedad intelectual será el que determine si el derecho a inscribir o a renovar la inscripción de la propiedad intelectual será gravable o si, por el contrario, constituye un derecho inalienable del propietario. El hecho en sí de que entre o no a formar parte de los derechos gravados por el propietario dependerá de la descripción del bien gravado que se haga en el acuerdo de garantía.

2. Derechos de un licenciante

44. Con arreglo a la *Guía*, cabrá constituir una garantía real sobre los derechos de un licenciante nacidos de un acuerdo de licencia. Si el licenciante es además el propietario, podrá constituir una garantía sobre (la totalidad o una parte de) sus derechos, conforme se indicó anteriormente. Si el licenciante es él mismo un licenciatario que otorga una sublicencia, podrá normalmente constituir un gravamen sobre su derecho al cobro de las regalías abonables a tenor del acuerdo de sublicencia (respecto de los derechos de un licenciatario, véanse los párrafos 53 y 54 *infra*). El licenciante podrá gravar asimismo todo otro derecho contractual de valor que el licenciante posea a tenor del acuerdo de licencia y de la ley aplicable. Cabe citar, por ejemplo, el derecho del licenciante a exigir que el licenciatario haga la publicidad de la propiedad intelectual gravada o del producto que la lleve incorporada, o su derecho a exigir que el licenciatario comercialice la propiedad intelectual licenciada de determinada manera, así como su derecho a revocar la licencia a raíz de todo incumplimiento del licenciatario.

45. Ateniéndose al enfoque adoptado en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos, la *Guía* considera el derecho a cobrar regalías, nacidas de una transferencia o licencia de propiedad intelectual, como producto reportado por la propiedad intelectual en forma de créditos por cobrar. Esto significa que las observaciones y recomendaciones generales relativas a la garantía real sobre el producto del bien gravado serán aplicables al derecho al cobro de regalías, conforme hayan sido modificadas por las observaciones y recomendaciones relativas a la propiedad intelectual. Por ello, con arreglo a la *Guía*, toda prohibición legal de la cesión de créditos futuros o de fracciones de crédito, o de la cesión global de créditos, no será exigible (véase la recomendación 23). Ahora bien, toda otra prohibición o límite legal surtirá efecto (véase la recomendación 18). Además, un licenciatario podrá oponer al cesionario de las regalías cualquier excepción o derecho de compensación nacido del acuerdo de licencia o de cualquier otro pacto que forme parte de la misma operación (véase la recomendación 120).

46. En este contexto, es importante señalar que las prohibiciones legales anuladas conciernen a los créditos por cobrar futuros únicamente en cuanto créditos futuros. No se anulará ninguna prohibición legal basada en la propia índole del crédito por cobrar, por ejemplo, la prohibición de gravar el salario de una persona o toda regalía que sea por ley directamente abonable al propio autor de un derecho intelectual

gravado o a una sociedad encargada de su cobro. Muchos países tienen leyes "protectoras del autor" o similares que designan cierta porción de los ingresos reportados por la explotación de un derecho de propiedad intelectual como "remuneración equitativa" que deberá ser abonada únicamente al autor o a una sociedad de cobro debidamente legitimada. Estas leyes suelen declarar tales derechos de cobro como expresamente intransferibles. Las recomendaciones de la *Guía* concernientes a la no exigibilidad de los límites impuestos a la transferibilidad de un crédito por cobrar no serán aplicables a estos u otros límites legales.

47. Además, debe señalarse que el trato dado, en el marco del régimen de las operaciones garantizadas, al derecho al cobro de regalías, conceptuándolas como producto de la propiedad intelectual obtenido en forma de créditos por cobrar, no menoscabará el trato eventualmente distinto que haya de darse al cobro de regalías en el marco del derecho interno de la propiedad intelectual. Cabe citar en particular toda regla de contabilidad internacional sobre cómo y cuándo una regalía pasa a ser abonable (por ejemplo, la norma de contabilidad internacional Nº 38 de la Comisión de Normas Internacionales de Contabilidad). Por ello, las partes en un acuerdo de licencia o en un acuerdo de garantía por el que se pretenda gravar el derecho del licenciante al cobro de esas regalías, deberán tener en cuenta dichas normas.

48. Por último, es igualmente importante señalar que el trato previsto de un derecho al cobro de regalías, es decir, al igual que si se tratara de cualquier otro crédito por cobrar, no menoscabará las condiciones estipuladas en el acuerdo de licencia en lo relativo al pago de las regalías como pudiera ser el escalonamiento de los pagos o el porcentaje abonable calculado en función de las condiciones del mercado o del volumen de ventas.

49. De conformidad con la *Guía*, si un acuerdo de licencia (o de sublicencia), en virtud del cual deban pagarse regalías, contiene una cláusula contractual que restringe la facultad del licenciante (o de un sublicenciante) para ceder el cobro de las regalías a un tercero (el "cesionario"), toda cesión de esas regalías por el licenciante (o por el sublicenciante) será, sin embargo, válida, y el licenciatario (o el sublicenciatario) no podrá revocar el acuerdo de licencia (o de sublicencia) por la sola razón de que se hayan cedido las regalías (véase la recomendación 24). No obstante, con arreglo a la *Guía*, los derechos de un licenciatario (como deudor de los créditos por cobrar cedidos) no se verán afectados, a menos que disponga otra cosa el régimen de las operaciones garantizadas que se recomienda en la *Guía* (véase la recomendación 117 a)). Es decir, el licenciatario podrá oponer al cesionario toda excepción o todo derecho de compensación nacido del acuerdo de licencia o de algún otro acuerdo que forme parte de la misma operación (véase la recomendación 120 a)). Además, la *Guía* tampoco menoscabará la responsabilidad en que pueda incurrir el licenciante (o sublicenciante), con arreglo a la ley por lo demás aplicable, por haber violado el acuerdo de intransferibilidad (véase la recomendación 24).

50. Es importante señalar que la recomendación 24 solo será aplicable a los créditos por cobrar, y no a los derechos de propiedad intelectual. Por ello, no será aplicable a un acuerdo celebrado entre un licenciante y un licenciatario por el que se estipule que el licenciatario no tendrá derecho a otorgar sublicencias.

51. También es importante señalar que la recomendación 24 será únicamente aplicable a un pacto entre un acreedor y el deudor de un crédito por cobrar en virtud del cual el crédito por cobrar adeudado al acreedor por el deudor no pueda cederse.

La recomendación 24 no será aplicable a un acuerdo entre el acreedor y el deudor de un crédito por cobrar en virtud del cual el deudor no pueda ceder créditos que le sean debidos al deudor por terceros. Así pues, la recomendación 24 no será aplicable a un acuerdo entre un licenciante y un licenciatario por el que se estipule que el licenciatario no podrá hacer cesión de su derecho a cobrar las regalías que le sean abonables por terceros sublicenciatarios por concepto de sublicencia. Este tipo de acuerdo puede existir, por ejemplo, cuando el licenciante pacte con el licenciatario que este último destine las regalías que le sean abonables por su sublicencia a desarrollar o mejorar los derechos de propiedad intelectual licenciados. Así pues, la recomendación 24 no afectará al derecho del licenciante a negociar su acuerdo de licencia con el licenciatario en términos que le permitan controlar quién podrá utilizar la propiedad intelectual o el pago de regalías por el licenciatario y los sublicenciatarios. Ahora bien, un licenciante no podrá controlar por acuerdo el flujo financiero de las regalías en todo supuesto en el que el licenciatario, obrando a título de sublicenciante, constituya un gravamen sobre su derecho al cobro de las subregalías (salvo que el licenciante haya prohibido las sublicencias). Además, de ser declarado insolvente el licenciatario, el licenciante será tratado como un acreedor ordinario, salvo que haya obtenido una garantía real sobre el derecho al cobro de las regalías.

52. Además, la recomendación 24 no será aplicable a un acuerdo entre el licenciante y el licenciatario en virtud del cual el licenciante pueda poner fin al acuerdo de licencia si el licenciatario viola una cláusula que le prohíba ceder las regalías que pueda cobrar de sus sublicenciatarios. En este contexto, el derecho del licenciante a revocar la licencia si el licenciatario incumple lo estipulado al respecto dará a los sublicenciatarios un fuerte incentivo para asegurarse de que el licenciatario paga al licenciante. Además, la recomendación 24 no afectará tampoco al derecho del licenciante: a) a estipular con el licenciatario que una parte de las regalías abonables a este (que representan fondos destinados al pago de las regalías que el licenciatario adeuda al licenciante) sea ingresada por los sublicenciatarios directamente en una cuenta que esté a nombre del licenciante; o b) a obtener una garantía real sobre las futuras regalías abonables al licenciatario por sus sublicenciatarios, a inscribir a este respecto una notificación en el registro general de las garantías reales (o en el registro de la propiedad intelectual pertinente) y a obtener así una garantía real que goce de prelación sobre los créditos de los demás acreedores del licenciatario (a reserva de lo que disponen las reglas de la *Guía* a efectos de lograr la oponibilidad a terceros y la prelación de las garantías reales).

3. "Derechos" del licenciatario

53. Todo licenciatario estará normalmente facultado para utilizar la propiedad intelectual licenciada conforme a lo estipulado en el acuerdo de licencia. Cabe que esté además facultado para otorgar sublicencias y para cobrar toda regalía abonable en virtud del acuerdo de sublicencia, salvo que el acuerdo de licencia o el derecho interno de la propiedad intelectual disponga otra cosa. Lo anteriormente dicho, respecto de los derechos de un licenciante, se aplica por igual a todo licenciatario que actúe como sublicenciante.

54. Conforme al derecho interno de la propiedad intelectual, de algunos países, no se permite que el licenciatario constituya, sin el consentimiento del licenciante, una garantía real sobre su derecho a utilizar la propiedad intelectual licenciada o sobre

su derecho a cobrar regalías, a título de sublicenciante, de los sublicenciatarios (cabe prever alguna excepción al respecto cuando el licenciatario venda su empresa como negocio en marcha). La razón de ser de dicha regla es que es importante que el licenciante retenga su control de la propiedad intelectual licenciada, reservándose su derecho a determinar quién podrá utilizarla. De lo contrario, se estaría poniendo en peligro el valor y la confidencialidad de la información incorporada al derecho de propiedad intelectual. Si la licencia es transferible y el licenciatario la transfiere, el cesionario adquirirá la licencia quedando sujeto a lo que estipulen las cláusulas del acuerdo de licencia. La *Guía* no afectará a esas prácticas aplicables en materia de licencia de propiedad intelectual.

4. Derechos sobre la propiedad intelectual utilizada respecto de un bien corporal

55. Cabe utilizar propiedad intelectual respecto de un bien corporal. Por ejemplo, el bien corporal puede ser fabricado conforme a un proceso patentado o mediante el ejercicio de derechos patentados; por ejemplo, en el caso de unos vaqueros que lleven una marca comercial o de un automóvil que lleve incorporado un chip con un programa informático sujeto a derechos de autor; o cabe también que un disco compacto contenga un programa informático o que una bomba térmica contenga un mecanismo patentado.

56. Cuando se utilice propiedad intelectual respecto de un bien corporal, nos encontramos ante dos tipos de bienes: la propiedad intelectual y el bien corporal. Su índole es distinta. El derecho interno de la propiedad intelectual permite que el titular del derecho de propiedad intelectual controle algunas de las aplicaciones del bien corporal, pero no todas. Por ejemplo, el derecho interno de la propiedad intelectual relativo a los derechos de autor permite que el propietario o titular de menor rango del derecho impida la duplicación no autorizada de un libro, pero no puede impedir que una librería que compró legítimamente el libro lo venda ni que el usuario final del libro escriba notas al margen de su texto al leerlo. Como tal, una garantía real constituida sobre un derecho de propiedad intelectual no se extiende al bien corporal que lleve incorporado el derecho, y la garantía constituida sobre un bien corporal no se extiende al derecho de propiedad intelectual que lleve, en cierta medida, incorporado.

57. Claro está, que las partes en un acuerdo de garantía podrán pactar que la garantía grave tanto el bien corporal como la propiedad intelectual utilizada respecto de dicho bien. Por ejemplo, cabrá gravar las existencias de vaqueros de marca y la propia marca utilizada a fin de dar al acreedor garantizado, a raíz de todo incumplimiento del otorgante, el derecho a vender no solo los vaqueros de marca gravados sino también el derecho a producir otros vaqueros con la marca gravada. En otras palabras, el alcance de la garantía real dependerá de la descripción que se dé del bien gravado en el acuerdo de garantía. A este respecto, cabe preguntarse si la descripción del bien gravado debe ser precisa (por ejemplo, “todas mis existencias con los derechos de propiedad intelectual y demás derechos que lleven asociados”) o si bastará con dar una descripción genérica (“la totalidad de mis existencias”). Se diría que, de conformidad con los principios de la *Guía* y las expectativas razonables de las partes, bastará con dar una descripción genérica que deje margen para suponer que puede haber distintos bienes asociados. Al mismo tiempo, deberá respetarse todo principio clave del derecho interno de la propiedad intelectual que

sea aplicable a la descripción de la propiedad intelectual que vaya a ser gravada por un acuerdo de garantía.

58. Como ya se ha señalado, una garantía real constituida sobre un bien corporal en relación con el cual se utilice un derecho de propiedad intelectual no se hace extensible a la propiedad intelectual utilizada en lo que respecta al bien corporal, pero sí es aplicable al bien corporal propiamente dicho, inclusive a las características del bien en que se utilice la propiedad intelectual (por ejemplo, la garantía real es aplicable a un aparato de televisión en su calidad de televisor que funciona). Así pues, una garantía real constituida sobre tal bien no confiere al acreedor garantizado el derecho a fabricar bienes adicionales utilizando la propiedad intelectual. No obstante, a raíz de un incumplimiento, el acreedor garantizado por un gravamen sobre bienes corporales podrá ejercitar las vías de recurso reconocidas en el régimen de las operaciones garantizadas, siempre y cuando el ejercicio de esos recursos no se haga en detrimento de algún derecho reconocido en el derecho interno de la propiedad intelectual. Puede darse el caso de que, con arreglo al derecho interno aplicable de la propiedad intelectual, quepa aplicar a la ejecución de la garantía real el concepto de "agotamiento" (o conceptos similares) (véase el examen de la vía ejecutoria en A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3).

59. Cabe resumir las observaciones anteriores con una recomendación del siguiente tenor:

> "En el caso de una garantía real sobre un bien corporal respecto del cual se utilice propiedad intelectual, el régimen debería disponer que, salvo que el acuerdo de garantía estipule otra cosa, una garantía real constituida sobre propiedad intelectual no se extenderá a los bienes corporales respecto de los cuales se utilice dicha propiedad intelectual, y que una garantía real sobre tal bien corporal no se extenderá a la propiedad intelectual utilizada. Sin embargo, nada de lo dispuesto en la presente recomendación limitará los recursos ejecutorios de un acreedor garantizado por un gravamen constituido sobre esa propiedad intelectual para hacer valer su garantía sobre dicho bien corporal en la medida en que lo permita el derecho interno de la propiedad intelectual, ni limitará los recursos ejecutorios de un acreedor garantizado por un gravamen sobre dicho bien corporal, para hacer valer su garantía sobre ese bien en la medida en que lo permita el derecho interno de la propiedad intelectual."

G. Garantías reales sobre propiedad intelectual futura

60. La *Guía* prevé que los otorgantes pueden conceder garantías reales sobre bienes futuros, es decir, sobre bienes que vaya a crear o adquirir el otorgante tras la constitución de una garantía real (véase la recomendación 17). Esta recomendación se aplica a la propiedad intelectual, salvo en la medida en que sea incompatible con el derecho interno de la propiedad intelectual (véase la recomendación 4 b)). En consecuencia, con arreglo a la *Guía* cabrá constituir garantías reales sobre propiedad intelectual futura (acerca de las limitaciones legales al respecto, véanse la recomendación 18 y los párrafos 65 y 66 *infra*). Este enfoque se justifica por la utilidad comercial que entraña el hecho de permitir que una garantía real se extienda a derechos de propiedad intelectual futuros.

61. El derecho interno de la propiedad intelectual de muchos países sigue ese mismo criterio y permite que los titulares de tales derechos obtengan financiación para nuevas obras, siempre que su valor pueda estimarse razonablemente por adelantado. Por ejemplo, en algunos Estados es posible constituir una garantía real sobre una solicitud de patente antes de que se conceda la patente. Del mismo modo, es práctica usual financiar por adelantado la producción de películas cinematográficas o de programas informáticos.

62. No obstante, en ciertos casos, el derecho interno de la propiedad intelectual limita la transferibilidad de diversos tipos de propiedad intelectual futura, por diversas razones. Por ejemplo, en algunos casos una transferencia de derechos sobre nuevos medios o aplicaciones tecnológicas que se desconozcan en el momento de la transferencia puede no ser válida, habida cuenta de la necesidad de proteger a los autores. En otros casos, la transferencia de derechos futuros puede estar sujeta a un derecho legal de cancelación tras el transcurso de cierto plazo. En otros casos, el concepto de "propiedad intelectual futura" puede abarcar derechos susceptibles de inscripción registral ya creados, pero aún no inscritos. La prohibición legal tal vez consista en exigir una descripción precisa de la propiedad intelectual. Por último, al igual que respecto de otros bienes, la prohibición legal puede ser resultado del principio *nemo dat*, conforme al cual el acreedor que obtenga una garantía real no obtendrá derechos superiores a los del otorgante. En particular, si el otorgante es un licenciatario, este no podrá dar un derecho superior al que le haya concedido el licenciante.

63. Otras limitaciones del empleo de la propiedad intelectual futura como bien gravable para la obtención de crédito financiero pueden dimanar del significado dado por el derecho interno de la propiedad intelectual a ciertos términos como "mejoras" o "adaptaciones". El acreedor garantizado deberá entender el sentido dado a estos conceptos en el derecho interno de la propiedad intelectual y su posible efecto sobre la "titularidad", que es un factor determinante en la constitución de una garantía real sobre propiedad intelectual. Dicha determinación tendrá suma importancia en el caso de un programa informático, ya que la garantía del prestamista sobre el programa existente al otorgarse el crédito garantizado tal vez no se extienda a las modificaciones que se introduzcan en dicho programa si se determina que, conforme al derecho interno de la propiedad intelectual, esas modificaciones son conceptuables como obras nuevas (adaptaciones) para las que se requiera una nueva transferencia. Cabe hacer consideraciones similares si en dichos programas se han incorporado patentes que están sujetas a "mejoras". Al igual que con otras prohibiciones legales, la *Guía* no afecta a este tipo de prohibiciones (véase la recomendación 18).

64. Si el derecho interno de la propiedad intelectual limita la transferibilidad de toda propiedad intelectual futura, el régimen recomendado por la *Guía* no será aplicable a esta cuestión en la medida en que sea incompatible con el derecho interno de la propiedad intelectual (véase la recomendación 4 b)). Pero, de no ser así, la *Guía* será aplicable, por lo que estará permitido gravar cualquier bien futuro (véase la recomendación 17). Si el derecho interno de la propiedad intelectual prevé ciertos límites a la transferibilidad de la propiedad intelectual futura, debe recordarse que esos límites suelen estar destinados a amparar al propietario. De nuevo, todo Estado que adopte el régimen recomendado por la *Guía* tal vez desee revisar su derecho interno de la propiedad intelectual con miras a determinar si las ventajas

atribuibles a esos límites (por ejemplo, la de amparar al propietario) son superiores a las que pueda entrañar la utilización de tales bienes como garantía para la obtención de crédito (por ejemplo, la financiación de actividades de investigación y desarrollo).

H. Limitaciones legales o contractuales de la transferibilidad de un derecho de propiedad intelectual

65. Tal vez ciertas normas del derecho interno de la propiedad intelectual limiten el poder de un propietario o titular de menor rango para constituir una garantía real válida sobre ciertos tipos de propiedad intelectual. En muchos Estados solo son transferibles los derechos económicos de un autor; en cambio, su derecho moral de autor no lo será. Además, la legislación de muchos Estados dispone que el derecho de un autor a percibir una remuneración equitativa puede no ser transferible, al menos antes de que el autor haya realmente cobrado la suma pertinente. Además, en muchos Estados las marcas comerciales no son transferibles sin la correspondiente clientela. La *Guía* respeta todas estas limitaciones de la transferibilidad de derechos de propiedad intelectual (véase la recomendación 18).

66. Las únicas limitaciones de la transferibilidad de ciertos bienes a los que la *Guía* puede afectar son las limitaciones legales de la cesión de créditos por cobrar futuros, de la cesión global de créditos, y de la cesión de fracciones de crédito o de derechos indivisos sobre créditos, así como las limitaciones contractuales de la cesión de créditos por cobrar nacidos de la venta o licencia de derechos de propiedad intelectual (véanse el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y las recomendaciones 23 a 25). Además, la *Guía* puede afectar a las limitaciones contractuales, pero únicamente en lo que respecta a los créditos por cobrar (no a la propiedad intelectual) y solo en un determinado contexto, es decir, en un acuerdo celebrado entre el acreedor de un crédito por cobrar y el deudor de dicho crédito (véanse los párrafos 60 a 64 *supra*).

(A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.2) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre el proyecto de anexo a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 15º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
IV.	Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual	1-9
	A. El concepto de la oponibilidad a terceros	1-3
	B. Oponibilidad a terceros de una garantía sobre propiedad intelectual inscribible en un registro de la propiedad intelectual	4-7
	C. Oponibilidad a terceros de las garantías sobre propiedad intelectual no inscribibles en un registro de la propiedad intelectual	8-9
V.	Sistema de inscripción registral	10-42
	A. Registro general de las garantías reales	10-11
	B. Registros destinados a ciertas categorías de propiedad intelectual	12-14
	C. Coordinación de registros	15-19
	D. Inscripción de avisos acerca de las garantías constituidas sobre derechos de propiedad intelectual futuros	20-22
	E. Inscripción o consulta en dos registros	23-26
	F. Fecha de validez de la inscripción	27-29
	G. Repercusión de la transferencia de un derecho de propiedad intelectual gravado sobre la validez de la inscripción	30-36
	H. Inscripción de las garantías sobre marcas comerciales	37-42
VI.	Prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual	43-55
	A. El orden de prelación	43
	B. Identificación de los reclamantes concurrentes	44-45
	C. Importancia del conocimiento que se tenga de una transferencia o gravamen anterior	46-47
	D. Prelación de una garantía inscrita en un registro de la propiedad intelectual	48-52
	E. Prelación de una garantía real no inscribible o no inscrita en un registro de la propiedad intelectual	53-54
	F. Derechos reconocidos al cesionario de propiedad intelectual gravada	55

IV. Oponibilidad a terceros de una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: respecto de los párrafos 1 a 9, consúltense los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, párrafos 1 a 14, A/CN.9/667, párrafos 55 a 63, A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 137 a 145, y A/CN.9/649, párrafos 29 a 31.*]

A. El concepto de la oponibilidad a terceros

1. Como ya se ha indicado, la *Guía* distingue entre la constitución de una garantía real (exigibilidad de la garantía entre las partes) y su oponibilidad a terceros. A reserva de lo dispuesto en el apartado b) de la recomendación 4, esta distinción es igualmente aplicable a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual (véase A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, párrafos 26 a 28).

2. En muchos Estados no existen reglas especiales que rijan la constitución de garantías reales sobre propiedad intelectual ni la oponibilidad de esas garantías, y ambos temas se rigen por las mismas normas que se aplican a las garantías reales sobre otros tipos de bienes inmateriales. Sin embargo, es muy frecuente que el régimen de la propiedad intelectual prevea métodos especiales para hacer oponibles a terceros las garantías constituidas sobre ciertas categorías de propiedad intelectual. La práctica aplicable difiere según que el derecho de propiedad intelectual sea inscribible en un registro especial (por ejemplo, las patentes, las marcas comerciales y, en algunos países, los derechos de autor), o no lo sea (por ejemplo, los secretos comerciales, los diseños industriales y, en algunos países, los derechos de autor). Estas cuestiones se tratan más abajo en las secciones B y C.

3. En la *Guía* se utiliza la fórmula "oponible a terceros" para indicar que la garantía constituida sobre cierto bien será oponible a toda persona que no sea ni el otorgante de la garantía ni el acreedor garantizado, y que tenga, o pase a tener en el futuro, algún derecho reclamable sobre dicho bien. Entre estos terceros figuran los acreedores del otorgante, así como los cesionarios, arrendatarios y licenciatarios del bien gravado. En cambio, en el régimen de la propiedad intelectual, el concepto de "oponibilidad a terceros" suele referirse a la eficacia de la propiedad o de derechos similares sobre la propiedad intelectual en sí, más que a la eficacia de una garantía real. Estas dos acepciones del término "oponibilidad" no deben ser confundidas. Mientras que la oponibilidad de una garantía real sobre propiedad intelectual frente a las personas que tengan un derecho concurrente sobre propiedad intelectual gravada es objeto del régimen de las operaciones garantizadas, la oponibilidad de los derechos de propiedad o derechos de categoría inferior, como los derechos de un licenciante, sobre la propiedad intelectual frente a los cesionarios o licenciatarios será únicamente objeto del régimen de la propiedad intelectual. En este contexto, conviene señalar que los infractores no son reclamantes o terceros legítimos. Así pues, la *Guía* no es aplicable a un "conflicto" entre un acreedor garantizado y un infractor y si, por ejemplo, un infractor opone como excepción frente al acreedor garantizado el argumento de que el infractor es un cesionario o un licenciatario de la propiedad intelectual gravada, la cuestión se regirá de acuerdo con el régimen de la

propiedad intelectual. Naturalmente, cuando el presunto infractor sea un cesionario o licenciatario legítimo, la *Guía* será aplicable al conflicto.

B. Oponibilidad a terceros de una garantía sobre propiedad intelectual inscribible en un registro de la propiedad intelectual

4. Con arreglo a la *Guía*, toda garantía real sobre bienes inmateriales podrá adquirir eficacia frente a terceros mediante una inscripción en el registro general de las garantías reales o de un documento o aviso en un registro especial si tal registro existe para el tipo pertinente de bien gravado y si en ese registro se acepta la inscripción de documentos o notificaciones de garantías reales (véase la recomendación 38).

5. Así pues, conforme a la *Guía,* si en virtud del régimen de la propiedad intelectual un documento o la notificación de una garantía real es inscribible en un registro de la propiedad intelectual que prevea efectos frente a terceros o efectos similares (por ejemplo, efectos frente a todas las partes), una garantía real sobre propiedad intelectual podrá hacerse oponible a terceros mediante la inscripción de un documento o de una notificación en el registro de la propiedad intelectual o la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales (véase la recomendación 38). Por consiguiente, si no fuera posible inscribir un documento o la notificación de una garantía real en un registro de la propiedad intelectual o si tal inscripción no produjera efectos frente a terceros ni efectos similares, ese registro no podría conceptuarse en la *Guía* como registro especial y no serían aplicables las recomendaciones de la *Guía* referentes a los registros especiales (véanse también los párrafos 14 a 18 *infra*).

6. Según los regímenes de la propiedad intelectual de algunos Estados, las garantías reales no serán oponibles a terceros y ni siquiera serán exigibles entre las partes (es decir, no habrán nacido), salvo que se haya inscrito un documento o una notificación al respecto en el registro pertinente de la propiedad intelectual. El régimen de la propiedad intelectual de otros Estados dispone, en cambio, que la garantía real nace y será oponible a terceros al concertarse el acuerdo de garantía, incluso sin inscripción registral. En esos casos, el requisito de inscripción en el registro de la propiedad intelectual pertinente permite a determinados terceros, por ejemplo a un cesionario de buena fe, invocar la prelación de su derecho inscrito sobre toda garantía anterior no inscrita, aun cuando dicha garantía siga siendo oponible a otros terceros. En otros Estados, la garantía real nace al concertarse el acuerdo de garantía, pero su inscripción en el registro de la propiedad intelectual pertinente es necesaria para que la garantía sea oponible a terceros si es que, por ejemplo, la norma procesal aplicable solo reconoce la inscripción como prueba de la garantía. En algunos otros Estados el sistema registral no facilita la inscripción de documentos o de notificaciones de garantías reales, lo que obligará a buscar alguna otra vía para hacerlas oponibles. Por último, en algunos Estados, cabrá conseguir la oponibilidad a terceros de una garantía real mediante su inscripción tanto en un registro de la propiedad intelectual como en el registro general de las garantías reales, si es que existe. Si alguno de esos métodos tiene la finalidad de ser el método exclusivo para obtener la oponibilidad a terceros de una garantía real, conforme al

apartado b) de la recomendación 4, ese método tendrá precedencia sobre cualquiera de los otros métodos previstos en el régimen recomendado en la *Guía*.

7. La *Guía* no recomienda a los Estados que actualmente no dispongan de un registro especial para determinados tipos de propiedad intelectual que creen tales registros para que puedan inscribirse notificaciones de derechos reales sobre propiedad intelectual. Tampoco recomienda que los Estados que actualmente no permitan la inscripción de una notificación de una garantía real sobre propiedad intelectual enmienden su legislación para que tal inscripción sea posible. Por último, la *Guía* no recomienda que se adopte una regla en virtud de la cual la notificación de una garantía real deba inscribirse tanto en el registro pertinente de la propiedad intelectual como en el registro general de las garantías reales. No obstante, los Estados que promulguen las recomendaciones de la *Guía* tal vez deseen revisar su legislación en materia de propiedad intelectual y plantearse la posibilidad de permitir la inscripción de notificaciones de garantías reales en registros de la propiedad intelectual ya existentes.

C. Oponibilidad a terceros de las garantías sobre propiedad intelectual no inscribibles en un registro de la propiedad intelectual

8. Como ya se ha mencionado, conforme a la *Guía*, una garantía real sobre propiedad intelectual puede adquirir eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de garantías reales (véase la recomendación 32). Esta posibilidad puede existir incluso cuando los derechos de propiedad intelectual gravados no sean inscribibles en un registro de la propiedad intelectual (por ejemplo, en el caso de los derechos de autor, los diseños industriales o los secretos comerciales). En cambio, no será posible si el régimen de la propiedad intelectual dispone que las garantías reales sobre propiedad intelectual solo podrán hacerse oponibles a terceros mediante la inscripción en un registro de la propiedad intelectual. La misma regla sería aplicable en el supuesto de que un documento o una notificación de una garantía real sobre propiedad intelectual fuera inscribible en un registro de la propiedad intelectual, pero de hecho no estuviera inscrita, y en los casos en que la inscripción en un registro de la propiedad intelectual no surtiera efectos frente a terceros ni efectos similares. En todos estos casos, bastará con inscribir una notificación en el registro general de las garantías reales para que la garantía inscrita sea oponible a terceros (véanse las recomendaciones 29, 32, 33 y 38).

9. Los Estados adoptan enfoques distintos en materia de inscripción registral de un documento o de una notificación de una garantía real sobre propiedad intelectual. En algunos Estados, sobre todo en aquellos cuyo régimen de las operaciones garantizadas se inspira en los conceptos de la prenda no posesoria, la carencia de un registro general para determinados tipos de propiedad intelectual supondrá que la garantía real no podrá hacerse oponible a terceros conforme a su régimen legal de las operaciones garantizadas, al menos si no existe ningún sistema de inscripción registral o si solo pueden inscribirse transferencias. En otros Estados, principalmente aquellos cuyo régimen de las operaciones garantizadas se inspira en el concepto de hipoteca, la garantía real será tratada como una variante más de la transferencia de la "titularidad", por lo que podrá hacerse oponible a terceros al igual que cualquier otra transferencia de la titularidad inscribible en un registro de la

propiedad intelectual. Por consiguiente, en esos mismos Estados todo documento o aviso de garantías reales basadas en la titularidad deberá inscribirse en un registro de la propiedad intelectual a fin de ser oponible a terceros, pero las garantías reales no basadas en la titularidad no podrán inscribirse. Por último, unos cuantos Estados imponen requisitos adicionales, que suelen consistir en el pago de un impuesto del timbre u otros derechos cobrados por el Estado, o la obligación de notificar la operación a algún órgano administrativo como, por ejemplo, la sociedad nacional de autores o la sociedad recaudatoria del país. Los Estados que promulguen las recomendaciones de la *Guía* tal vez deseen armonizar su régimen de las operaciones garantizadas con el régimen de la propiedad intelectual sustituyendo para ello todos los mecanismos de garantía existentes por un concepto integrado de la garantía real o, al menos, subordinando las garantías reales basadas en la titularidad a las mismas reglas aplicables a las garantías reales en general.

V. Sistema de inscripción registral

[*Nota para el Grupo de Trabajo: sobre los párrafos 10 a 42, véanse los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.35, párrafos 15 a 31, A/CN.9/667, párrafos 64 a 85, A/CN.9/WG.VI/WP.33, párrafos 149 a 161, y A/CN.9/649, párrafos 32 a 40.*]

A. Registro general de las garantías reales

10. Como ya se ha observado, la *Guía* recomienda que se establezca un registro general de garantías reales (véanse las recomendaciones 54 a 75). En general, la *Guía* prevé que dicho registro ofrezca un método eficiente para hacer que una garantía real sobre bienes actuales o futuros sea oponible a terceros, así como una fuente de consulta fiable para la determinación de la prelación basada en la fecha y hora de inscripción y para averiguar si los bienes ofrecidos en garantía por el otorgante están o no libres de gravamen. Con arreglo a este enfoque, se inscribirá una notificación, en vez del acuerdo de garantía en sí u otro documento (véase la recomendación 54, apartado b)). En esa notificación solo deberán indicarse los datos básicos de la garantía real inscrita (véase la recomendación 57).

11. La *Guía* ha previsto reglas precisas para determinar la identidad del otorgante de la garantía real, con independencia de si se trata de una persona física o jurídica. Esto obedece a que las notificaciones se clasifican por índices a fin de poder ser consultadas por el nombre o por algún otro dato fiable de identificación del otorgante (véanse las recomendaciones 54, apartado h), y 58 a 63). La *Guía* contiene otras recomendaciones destinadas a simplificar el funcionamiento y la consulta del registro. Por ejemplo, la *Guía* dispone que, en la medida de lo posible, el registro deberá ser electrónico y deberá permitir que las inscripciones y las consultas se efectúen por medios electrónicos (véase la recomendación 54, apartado j)). La *Guía* prevé asimismo que las eventuales tarifas en concepto de inscripción y consulta no se fijen demasiado altas, de modo que puedan amortizarse los costos (véase la recomendación 54, apartado i)).

B. Registros destinados a ciertas categorías de propiedad intelectual

12. Conforme ya se ha indicado, muchos Estados llevan registros para la inscripción (o el archivo) de operaciones (como transferencias) sobre propiedad intelectual. En algunos de esos registros se permite también solicitar la inscripción de garantías reales e inscribirlas. Por ejemplo, la mayoría de los Estados llevan registros de patentes y de marcas comerciales, pero no todos ellos han previsto la inscripción en esos registros de una garantía real. Además, en algunos Estados, la inscripción de un aviso (ya sea de una garantía real o de algún otro derecho) no hará que esa garantía o derecho sean oponibles a terceros. Además, algunos Estados han previsto un registro similar para los derechos de autor, aun cuando esta práctica no es general.

13. Si bien el registro de la propiedad intelectual de algunos Estados se lleva mediante la inscripción de un mero aviso, la mayoría de ellos prevén estructuras para la inscripción de actos o sistemas de "inscripción de documentos". En esos regímenes se habrá de anotar el documento de transferencia completo o, en algunos casos, un memorando que describa las condiciones esenciales de la transferencia. Existe un enfoque más moderno por el que se simplifica el proceso de inscripción requiriendo la indicación de un número limitado de datos (como los nombres de las partes y una descripción general de los bienes gravados). Por ejemplo, los requisitos de inscripción de marcas comerciales fueron simplificados por el Tratado de Marcas Comerciales de 1994 (artículos 10 y 11), por el Tratado de Marcas Comerciales de Singapur, así como por el Arreglo de Madrid (1891), y el Protocolo de Madrid (1989), así como por los formularios modelo de inscripción internacional que llevan adjuntos. Del mismo modo, el Tratado sobre el Derecho de Patentes (Ginebra, 2000) y el Reglamento del Consejo (CE) Nº 40/94, de 20 de diciembre de 1993, sobre las marcas comerciales comunitarias, simplifican los requisitos de inscripción. La razón por la que se exige la inscripción del documento sobre la operación o de un memorando de la transferencia que contenga sus cláusulas esenciales es la necesidad de que haya transparencia en este campo. Por ello, es esencial que en el documento o el memorando de la transferencia se especifique el derecho transferido a fin de dar suficiente aviso a todo tercero que consulte el registro y de permitir una utilización óptima de los bienes. Además, los registros de la propiedad intelectual prevén a veces la inscripción por índices, clasificando las categorías de propiedad intelectual, y no por el dato de identificación del otorgante/propietario. Esta práctica obedece a la necesidad de consultar el registro en función del propio derecho de propiedad intelectual inscrito, ya que tal derecho puede tener dos o más coautores o coinventores o puede haber sido objeto de varias transferencias de la titularidad.

14. Además de los registros nacionales existen varios registros internacionales de la propiedad intelectual donde las inscripciones están sujetas a tratados relativamente modernos o a otros textos legislativos internacionales que simplifican el proceso de inscripción. Por ejemplo, en virtud del reglamento sobre las marcas comerciales comunitarias, podrá inscribirse una declaración no solo referente a la propiedad sino también a las garantías reales que tengan efectos frente a terceros. Cabe citar también el ejemplo del Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales, adoptado en Ginebra, el 18 de abril de 1989, bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Este tratado instituye un registro internacional que permite la inscripción de declaraciones sobre obras

audiovisuales y sobre los derechos referentes a ellas, en particular, los derechos relativos a su explotación (según se desprende de las actas de la conferencia diplomática, se habló también de declaraciones relativas a garantías reales). El Tratado sobre el Registro Internacional de Obras Audiovisuales prevé una presunción probatoria de la validez de las declaraciones inscritas. El registro internacional permite dos tipos de solicitud de inscripción: la solicitud relativa a la obra en la que se indica al menos el título o los títulos de obras actuales o futuras, y la solicitud referente a personas, en la que se especifican una o más obras existentes o futuras de la persona física o jurídica que realice la obra o las obras o que sea propietario de ellas, o que vaya a realizarlas o a ser propietario de ellas. En el registro internacional se mantiene una base de datos electrónica que permite elaborar índices cruzados entre los distintos tipos de inscripciones. Existe además un procedimiento para solicitar la anulación de inscripciones contradictorias.

C. Coordinación de registros

15. Como ya se ha mencionado (véanse los párrafos 4 y 5 *supra*), en la *Guía* no se recomienda ni la creación de un sistema de registros especiales (para derechos de propiedad intelectual u otros bienes), cuando no se disponga de ellos, ni se pretende regular los registros especiales ya existentes. No obstante, cuando, en virtud del régimen de la propiedad intelectual, pueda inscribirse un documento o una notificación de una garantía real sobre propiedad intelectual en un registro de la propiedad intelectual y cuando, al mismo tiempo, de conformidad con el régimen recomendado en la *Guía*, esa garantía real sea inscribible en el registro general de las garantías reales, es conveniente abordar el tema de la coordinación entre estos dos registros. A fin de no interferir en el régimen de la propiedad intelectual, la *Guía* trata ese tema haciendo una remisión general a dicho régimen (véanse el apartado b) de la recomendación 4 y las reglas de prelación aplicables).

16. Así pues, la *Guía* se abstiene de abordar del modo que sea la cuestión de si es posible inscribir una garantía real sobre propiedad intelectual en un registro de la propiedad intelectual ni la de los requisitos para la inscripción (por ejemplo, un documento o una notificación) o de sus efectos (por ejemplo, la eficacia o la presunción de eficacia frente a todas las partes o solo frente a terceros). Aun cuando un registro de la propiedad intelectual no prevea la inscripción de garantías reales, prevea la inscripción de un documento, más que una notificación del mismo o, de prever tal inscripción, no le confiera efectos frente a terceros, la *Guía* no contiene ninguna recomendación en sentido contrario y, de existir un sistema de registros especiales, lo acepta como tal.

17. En cambio, en la *Guía* sí se formulan recomendaciones sobre la inscripción de la notificación de una garantía real sobre propiedad intelectual en el registro general de las garantías reales. Por esta razón, si el régimen de la propiedad intelectual regula los efectos de la inscripción de garantías reales en un registro de la propiedad intelectual de modo tal que resulta incompatible con los efectos frente a terceros que prevé la *Guía* (véase la recomendación 38), la *Guía* da primacía a tal régimen (recomendación 4, apartado b)). En cambio, si el régimen de la propiedad intelectual no regula esas cuestiones y no se producen solapamientos o conflictos con dicho régimen, no se planteará la cuestión de la primacía del régimen de la propiedad

intelectual y, por consiguiente, la *Guía* será aplicable, confiriendo efectos frente a terceros a las inscripciones en registros especiales.

18. Además, la *Guía* trata la cuestión de la coordinación entre un registro de la propiedad intelectual (u otro registro especial) y el registro general de las garantías reales que se recomienda en la *Guía* mediante reglas de prelación adecuadas. Así pues, a fin de mantener la fiabilidad de los registros de la propiedad intelectual (y de otros registros especiales) (en particular en los casos en que el régimen de la propiedad intelectual no prevea ninguna regla para determinar la prelación), la *Guía* dispone que toda garantía real sobre propiedad intelectual, todo documento o toda notificación que se hayan inscrito en el registro pertinente de la propiedad intelectual gozarán de prelación sobre las garantías reales sobre la misma propiedad intelectual respecto de las cuales se haya inscrito una notificación en el registro general de las garantías reales (véase la recomendación 77, apartado a)). Por la misma razón, la *Guía* dispone que el cesionario de un derecho de propiedad intelectual lo adquirirá, en principio, libre de todo gravamen previamente creado sobre dicha propiedad, a menos que se haya inscrito un documento o una notificación de la garantía real en el registro de la propiedad intelectual (véanse las recomendaciones 78 y 79).

19. Los Estados que apliquen lo recomendado en la *Guía* en su derecho interno tal vez deseen estudiar la mejor manera de coordinar su registro de la propiedad intelectual con el registro general de las garantías reales que vayan a introducir con arreglo a la *Guía*. Por ejemplo, tal vez se estime oportuno permitir la inscripción de una notificación de una garantía real sobre propiedad intelectual en un registro de la propiedad intelectual, con efectos frente a terceros. Además, los Estados tal vez deseen plantearse la posibilidad de que los registros de derechos de propiedad intelectual con un índice de derechos dispongan también de un índice de deudores (y viceversa). Tal vez estimen también conveniente estudiar la posibilidad de exigir que el registro de la propiedad intelectual transmita al registro de las garantías reales una notificación de inscripción (o viceversa). Es evidente que, con la transmisión de este aviso, la coordinación de registros resultaría más fácil, más simple, más rápida y menos costosa en un sistema de inscripción electrónica que en un sistema de inscripción sobre papel.

D. Inscripción de avisos acerca de las garantías constituidas sobre derechos de propiedad intelectual futuros

20. Un rasgo esencial del registro general de las garantías reales que se recomienda en la *Guía* es la posibilidad de inscribir garantías sobre los bienes futuros del otorgante. Ello significa que la garantía inscrita puede recaer sobre los bienes que el otorgante vaya a presentar o adquirir ulteriormente (véase la recomendación 17). La notificación inscrita puede también recaer sobre bienes identificados por una descripción genérica (véase la recomendación 66). Por ello, si la garantía está constituida sobre todas las existencias actuales o futuras, dicha descripción bastará para identificar en el aviso inscrito el bien así gravado. Dado que la prelación se rige por la fecha de inscripción, el prestamista mantiene así su prelación sobre las existencias futuras. Esta solución facilita en gran medida la concesión de créditos renovables, dado que el prestamista, que renueva así su

crédito, sabe que conservará su prelación sobre las existencias renovadas del deudor que garanticen su crédito.

21. Ahora bien, la mayoría de los registros de la propiedad intelectual no admiten la inscripción de garantías constituidas sobre bienes futuros. Dado que las transferencias de propiedad intelectual o las garantías sobre dicha propiedad se clasifican por índices de derechos de propiedad intelectual, solo podrán ser inscritas una vez que los derechos hayan sido inscritos en el registro de la propiedad intelectual. Ello significa que una inscripción de una garantía real sobre derechos futuros o aún inexistentes no sería válida, por lo que sería necesario efectuar una nueva inscripción de la garantía cada vez que se adquiriera un nuevo derecho que fuera objeto de la garantía.

22. Si el régimen de la propiedad intelectual no permite adquirir, transferir o gravar derechos de propiedad intelectual no inscritos en el registro de la propiedad intelectual, la *Guía* no interfiere en dicha prohibición y no posibilita el otorgamiento de una garantía sobre tales derechos futuros. Ahora bien, si el régimen de la propiedad intelectual no prohíbe la constitución de una garantía sobre derechos futuros (como ocurre, por ejemplo, con una patente o una marca comercial mientras no se haya aprobado la correspondiente solicitud de inscripción en el registro de patentes o de marcas comerciales), la *Guía* autoriza la constitución de dicha garantía y su oponibilidad a terceros. Tal vez proceda que todo Estado que desee inspirarse en las recomendaciones de la *Guía* estudie la conveniencia de permitir en su derecho interno la inscripción del aviso de una garantía constituida sobre derechos de propiedad intelectual futuros.

E. Inscripción o consulta en dos registros

23. Como ya se ha indicado, la *Guía* hace remisión al régimen de la propiedad intelectual en todo lo referente a la inscripción de un documento o de una notificación de una garantía real en un registro de la propiedad intelectual y reconoce expresamente que gozará de prelación, conforme al régimen de las operaciones garantizadas, toda garantía inscrita en dicho registro. Como se ha señalado también, ello significa que, con arreglo a la *Guía*, no será necesario inscribir un aviso ni efectuar una consulta en más de un registro. En particular, la inscripción únicamente en el registro general de las garantías reales sería necesaria y útil en el marco de las operaciones garantizadas: a) cuando el bien gravado sea un derecho de propiedad intelectual no inscribible conforme al régimen de la propiedad intelectual (por ejemplo, los derechos de autor o los secretos comerciales en numerosos Estados); b) cuando un documento o la notificación de una garantía sobre un derecho de propiedad intelectual no sea inscribible en un registro de la propiedad intelectual; c) cuando la notificación de una garantía real sobre propiedad intelectual sea inscribible en un registro de la propiedad intelectual, pero esa inscripción tenga efectos incompatibles con los efectos frente a terceros; y d) cuando los demás acreedores garantizados hagan únicamente la inscripción en el registro general de las garantías reales. Por el contrario, será preferible hacer la inscripción en el registro pertinente de la propiedad intelectual cuando, por ejemplo: a) el bien gravado sea inscribible en un registro que produzca efectos frente a terceros y efectos similares y que permita la inscripción de documentos o de notificaciones de garantías reales (por ejemplo, patentes o marcas comerciales en

muchos Estados); o b) el acreedor garantizado sienta la necesidad de asegurar su prelación, con arreglo al régimen de la propiedad intelectual aplicable, frente a otros acreedores garantizados o cesionarios del derecho intelectual gravado.

24. Antes de concertar una operación garantizada, todo acreedor eventual que desee cobrar con la debida diligencia efectuará una búsqueda para averiguar si existe ya algún reclamante concurrente que goce de prelación sobre la garantía ofrecida. Dicho acreedor comenzará por examinar la cadena de titularidad del bien gravable a fin de verificar la legitimidad del derecho del otorgante sobre la propiedad intelectual gravable para que, llegado el caso, la garantía sea válida (pero este deber de diligencia debida es igualmente aplicable a todo otro bien mueble gravable). A diferencia de un registro de la propiedad intelectual, el registro general de las garantías reales no archiva datos sobre la titularidad de los bienes gravados, por lo que la cadena de titularidad deberá ser investigada en el correspondiente registro de la propiedad intelectual, siempre y cuando, obviamente, la propiedad intelectual gravable sea inscribible en tal registro. El eventual acreedor procederá, en dicho caso, a averiguar si algún titular anterior del derecho intelectual gravable ha constituido una garantía sobre tal derecho que goce de prelación sobre la garantía que le sea ofrecida. Por último, el acreedor garantizado deberá cerciorarse de la prelación existente entre las inscripciones en uno y otro registro. En los casos en que la prelación dependa únicamente de la inscripción en el registro pertinente de la propiedad intelectual, conforme a lo previsto en la *Guía*, bastará con consultar dicho registro. De lo contrario, el acreedor garantizado tal vez haya de consultar dos registros.

25. Según se prevé en la *Guía*, el registro general de las garantías reales será electrónico y aceptará la inscripción de notificaciones de posibles garantías reales con efectos frente a terceros por un eventual precio nominal (basado en la recuperación de los gastos) en concepto de inscripción y consultas (véase la recomendación 54). Ello significa que la inscripción y las consultas en el registro general de garantías reales serán sencillas, rápidas y poco costosas. Sin embargo, de conformidad con el régimen de la propiedad intelectual, es posible que los registros no sean plenamente electrónicos y que los documentos presentados deban ser comprobados por el personal del registro, dado que la consecuencia jurídica de la inscripción puede ser una prueba concluyente o razonable de la existencia de una garantía sobre propiedad intelectual.

26. Así pues, el costo de la inscripción de un documento referente a una garantía real en un registro de la propiedad intelectual puede ser superior al de la inscripción de un aviso de una garantía real en el registro general de las garantías reales. En cuanto al costo y al tiempo requerido para las consultas, es también probable que la consulta de documentos en un registro lleve más tiempo y resulte más costosa que una consulta en un registro general electrónico de notificaciones de garantías reales. Naturalmente, estas diferencias se reducirán al mínimo si un registro de la propiedad intelectual permite inscribir electrónicamente la notificación de una garantía real con efectos para terceros y está estructurado de modo tal que permita también efectuar consultas rápidas y económicas.

F. Fecha de validez de la inscripción

27. Con arreglo a la *Guía*, la inscripción del aviso de una garantía real será válida a partir del momento en que los datos del aviso queden anotados en el registro y esos datos estén a disposición de toda persona que lo consulte (véase la recomendación 70). De estar informatizado el registro, la inscripción de una notificación será válida a partir del momento de inscripción. Ahora bien, cuando el registro se lleve sobre papel, el aviso inscrito solamente será válido algún tiempo después de su inscripción.

28. Los sistemas de registros especiales pueden tener diversas reglas sobre el momento de validez de la inscripción de una garantía real. Por ejemplo, conforme a la legislación sobre patentes y marcas comerciales de muchos Estados, la oponibilidad a terceros de una garantía inscrita o de otro derecho sobre una patente o una marca comercial empieza a partir de la fecha de presentación al registro de una solicitud de inscripción, lo cual resulta útil cuando el registro necesite cierto tiempo para llevar a cabo la inscripción de la garantía real sobre la patente o la marca comercial.

29. Como ya se ha indicado, la *Guía* regula las cuestiones de coordinación otorgando prelación a una garantía real o documento o notificación de la misma que se haya inscrito en un registro especial (o respecto de la cual se haya hecho una anotación en un certificado de titularidad), cualquiera que sea la fecha de inscripción (véanse las recomendaciones 77 y 78). Así pues, la diversidad de criterios aplicables para determinar la fecha de inscripción no debería causar problemas.

G. Repercusión de la transferencia de un derecho de propiedad intelectual gravado sobre la validez de la inscripción

30. La *Guía* recomienda que el régimen de las operaciones garantizadas se ocupe de las repercusiones que pueda tener la transferencia del bien gravado sobre la validez de la inscripción en el registro general de las garantías reales (véase la recomendación 62). Esta recomendación es igualmente aplicable a las garantías reales sobre propiedad intelectual que adquieran eficacia frente a terceros mediante la inscripción de una notificación en el registro general de las garantías reales.

31. Sin embargo, esta recomendación no será pertinente:

a) Cuando el cesionario de un bien gravado lo adquiera libre del gravamen de la garantía real, como ocurre, por ejemplo, cuando el acreedor garantizado autoriza la transferencia libre de la garantía real (véase la recomendación 80);

b) Cuando se haya inscrito un documento o una notificación de la garantía real en un registro de la propiedad intelectual (o en otro registro especial);

c) Cuando el otorgante haya transferido todos sus derechos sobre el bien gravado antes de conceder una garantía real sobre ese bien (en tales situaciones, según la Guía, no se constituye ninguna garantía real; véase la recomendación 13); y

d) Cuando no haya ninguna garantía real sino que se trate de una licencia de propiedad intelectual, a menos que la licencia sea conceptuada como una

transferencia en virtud del régimen de la propiedad intelectual (de conformidad con la *Guía*, las licencias no constituyen transferencias).

32. En el comentario se examinan tres formas en que el Estado promulgante puede resolver la cuestión. La primera consistiría en especificar que, al transferirse un bien gravado, y cuando el cesionario no adquiera el bien libre de la garantía real, el acreedor garantizado dispondrá de cierto plazo, después de la transferencia, para hacer inscribir una enmienda por la que se identifique al cesionario como nuevo otorgante de la garantía. Si el acreedor garantizado no cumpliera este requisito, su garantía seguiría siendo en principio oponible a terceros. Ahora bien, esa garantía quedaría supeditada al derecho o a la garantía de todo acreedor y cesionario que adquiera su derecho o su garantía sobre el bien gravado con posterioridad a su transferencia, pero antes de haberse inscrito la notificación con la identidad del nuevo otorgante. Una segunda vía para resolver esta cuestión sería la de prever cierto plazo de gracia para la inscripción de la enmienda, contando a partir del momento en que el acreedor garantizado llegue a tener conocimiento de la transferencia del bien gravado efectuada por el otorgante. Una tercera vía consistiría en disponer que la transferencia del bien gravado no repercutirá en modo alguno en la oponibilidad a terceros de una garantía debidamente inscrita.

33. De adoptarse la tercera vía, el acreedor garantizado del cedente no necesitará volver a inscribir aviso alguno de su garantía real especificando la identidad del cesionario. En tal caso, la garantía real sobre el bien que ahora sea propiedad del cesionario seguirá siendo oponible a terceros. Ahora bien, un cesionario ulterior en la cadena de la titularidad tal vez no consiga averiguar, mediante una consulta del registro general de las garantías reales, si algún titular anterior del derecho cedido, que no sea su transferente, constituyó o no una garantía sobre el derecho que vaya a ser gravado en garantía. En tales casos, aún tendría que investigar la cadena de titularidad y la situación de un bien gravado al margen del registro general de las garantías reales. Por otra parte, si el Estado promulgante adoptara la primera o la segunda vía, el acreedor garantizado se vería obligado a inscribir un nuevo aviso en el que especificara la identidad del cesionario como nuevo otorgante. En dicho caso, el acreedor garantizado habría de asumir la carga de seguir la pista del bien gravado (carga que sería mayor o menor, según si el Estado promulgante optara por la primera o por la segunda vía sugerida). Al mismo tiempo, sin embargo, los cesionarios ulteriores de la titularidad podrían descubrir toda garantía real otorgada por una persona que no fuera su cedente inmediato.

34. Todo Estado promulgante deberá considerar las ventajas e inconvenientes de cada una de las soluciones propuestas y, en particular, su repercusión en las garantías sobre propiedad intelectual. Por ejemplo, con arreglo al primer enfoque antes mencionado, un acreedor garantizado que vaya a abrir un crédito respaldado por los derechos de autor completos de una película habría de inscribir sucesivamente a todo nuevo licenciatario o sublicenciatario de la película (siempre que la normativa aplicable en materia de derechos de autor conceptúe una licencia como transferencia del derecho gravado inscribible en el registro) a fin de mantener su prelación frente a ellos o frente a los acreedores garantizados de tales licenciatarios o sublicenciatarios. Ello supondría una carga gravosa para el prestamista que tal vez le reste incentivos para otorgar un crédito respaldado por ese tipo de bienes. En cambio, tal solución facilitaría la búsqueda por el eventual prestamista de un sublicenciatario de toda garantía real creada por su otorgante

efectuando una sola consulta del registro, por el nombre del otorgante. La disyuntiva está en que en un caso se impone al acreedor garantizado inicial la tarea de seguir el registro del bien gravado, haciendo inscribir cada transferencia sucesiva, y en el segundo se impone al acreedor ulterior la tarea de investigar la cadena entera de titularidad del bien ofrecido en garantía par averiguar si existe algún gravamen anterior sobre dicho bien. A este respecto, debe observarse que, conforme al régimen de la propiedad intelectual, una transferencia o una garantía real anterior conserva su prelación sobre toda transferencia o garantía ulterior sin que se haya de inscribir el nombre de todo cesionario ulterior del bien gravado.

35. Como ya se ha mencionado, si un Estado no adopta la tercera vía sugerida, el acreedor garantizado deberá inscribir una notificación de enmienda en el registro general de las garantías reales cada vez que la propiedad intelectual gravada sea objeto de una transferencia no autorizada o de la concesión de una licencia o sublicencia no autorizadas (siempre que las licencias sean consideradas transferencias en virtud del régimen aplicable de la propiedad intelectual), corriendo el riesgo de perder su prelación si no es informado a tiempo y no actúa en consecuencia.

36. Este problema no se plantearía respecto de las licencias y las sublicencias cuando no estuvieran autorizadas por el acreedor garantizado (es decir, cuando el licenciatario no adquiriera el bien libre de la garantía real) y el acreedor garantizado ejecutara su garantía real. En tal caso, la ejecución entrañaría la extinción de la licencia y de toda sublicencia, con lo que todos los "licenciatarios" pasarían a ser infractores. En ese caso, el acreedor garantizado podría solicitar la anulación de las garantías reales otorgadas por licenciatarios no autorizados. En cualquier caso, la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre propiedad intelectual contra los infractores es una cuestión que se deja en manos del régimen de la propiedad intelectual. Además, este problema sería intranscendente si la garantía real gravara un tipo de propiedad intelectual que fuera inscribible en el registro de la propiedad intelectual, al menos de modo que un acreedor garantizado quedara informado y pudiera inscribir una notificación de enmienda, inscripción que, de efectuarse en el registro general de las garantías reales, podría ser fácil, rápida y poco costosa.

H. Inscripción de las garantías sobre marcas comerciales

37. La Asociación Internacional de Marcas Comerciales ("INTA") emitió una serie de recomendaciones respecto de la inscripción registral de las garantías constituidas sobre marcas comerciales o de servicios (denominadas colectivamente "marcas")[1]. En particular, la INTA se pronunció a favor de que se buscara la uniformidad y se adoptaran las mejores prácticas en materia de métodos y técnicas de inscripción registral de las garantías constituidas sobre marcas comerciales y de servicios, al reconocer que: los derechos de propiedad intelectual, así como las marcas comerciales y de servicios, constituyen un factor de creciente importancia en orden a la obtención de crédito financiero para fines comerciales; la falta de coherencia en la inscripción registral de las garantías sobre marcas es fuente de incertidumbre y constituye un riesgo para los derechos del propietario de la marca; muchos Estados carecen de medios adecuados (o no disponen de mecanismos suficientes) para la

[1] Véase www.inta.org/index.php?option=com_content&task=view&id=1517&Itemi.

inscripción de garantías reales sobre marcas; y muchos otros aplican criterios divergentes y contradictorios para determinar cuáles son los datos inscribibles; y las iniciativas internacionales en este campo, a cargo de entidades como la CNUDMI, podrían repercutir notablemente en el modo en que se apliquen las legislaciones sobre financiación garantizada para reglamentar las prácticas de inscripción registral y otros aspectos de las garantías reales constituidas sobre marcas comerciales, particularmente en países en desarrollo. Convendría señalar que en las recomendaciones no se abordan cuestiones relativas a la inscripción de garantías reales sobre marcas que no sean inscribibles en una oficina de marcas comerciales, dejándose la reglamentación de esas cuestiones en manos de las legislaciones nacionales sobre operaciones garantizadas (inclusive del régimen recomendado en la *Guía*). Además, en las recomendaciones se abordan aspectos de la oponibilidad a terceros, pero no se fijan reglas de prelación, cuya reglamentación se deja también en manos de los regímenes nacionales de las operaciones garantizadas (y también del régimen recomendado en la *Guía*).

38. Los principales rasgos de las mejores prácticas en este campo son los siguientes:

a) Toda garantía constituida sobre una marca registrada o cuya inscripción esté ya solicitada debería ser inscribible en la oficina nacional de marcas comerciales;

b) A efectos de la notificación de una garantía real, se recomienda su inscripción en la oficina nacional de marcas comerciales o en todo otro registro mercantil pertinente cuya consulta sea gratuita y, a ser posible, por medios electrónicos;

c) La constitución de una marca en garantía no debe dar lugar a la transferencia de la titularidad jurídica o equitativa de la marca gravada por la garantía real ni conferir al acreedor garantizado un derecho a utilizarla;

d) Todo acuerdo de garantía debería estipular claramente disposiciones que fueran aceptables, con arreglo al derecho interno, y que permitieran al acreedor garantizado renovar las marcas, de ser ello necesario para mantener la inscripción registral de la marca;

e) La valoración de una marca para fines de garantía deberá hacerse por algún método fiable que sea admisible para el derecho interno, por lo que no se recomienda ningún método ni ninguna técnica en particular;

f) La inscripción de una garantía en la oficina nacional de marcas comerciales debería bastar para perfeccionarla, al igual que su inscripción en todo otro lugar que sea admisible para el derecho interno, como pudiera ser un registro mercantil;

g) Si el derecho interno aplicable exige que, para perfeccionar el gravamen, será preciso inscribirlo en algún otro lugar, además de la oficina nacional de marcas comerciales, deberá ser posible la doble inscripción requerida;

h) Deben reducirse al mínimo los trámites exigibles y los derechos abonables por concepto de inscripción de una garantía, por lo que, para perfeccionarla, debería bastar con presentar un documento fehaciente que indique: i) la existencia de la garantía; ii) las partes interesadas; iii) el número o la solicitud

de inscripción de la marca gravada; iv) una breve descripción del carácter de la garantía constituida; y v) su fecha de validez;

i) Cualquiera que sea la vía ejecutoria prevista, el ejercicio de la garantía por venta a raíz de una sentencia, decisión administrativa u otro hecho determinante, debería resultar sencillo;

j) La oficina de marcas competente deberá anotar sin demora toda sentencia o decisión administrativa revocatoria de los datos inscritos y adoptar toda otra medida administrativa que proceda; pero debería bastar con depositar una copia certificada conforme de la sentencia o decisión revocatoria;

k) De ser activable la ejecución de la garantía por algún hecho que no sea una decisión judicial o administrativa, el derecho interno debería prever alguna vía sencilla para que el titular de la garantía real pudiera inscribirla y los interesados pudieran consultarla gratuitamente y, a ser posible, por vía electrónica;

l) De ser declarado en quiebra o de verse el propietario de la marca gravada imposibilitado por algún otro motivo para mantener la inscripción de la marca sujeta a una garantía real, y de no haberse estipulado nada al respecto, el titular de la garantía (o el síndico de la quiebra, si procede) debería estar facultado para mantener la inscripción de la marca, siempre y cuando ello no confiera al acreedor garantizado el derecho a utilizarla; y

m) La oficina o agencia pública competente deberá dejar constancia, sin demora, de todo documento por el que se libere al bien gravado, mediante una anotación cuya consulta, de ser posible, sea gratuita y accesible por vía electrónica.

39. Las recomendaciones a), b), f) y g), relativas a la oponibilidad a terceros de una garantía real sobre una marca, son compatibles con la *Guía*, dado que promueven los objetivos de transparencia y de inscripción en cualquier registro especial, en un registro general de garantías reales o en otro registro mercantil (pero en la *Guía* no se recomienda que se creen tales registros si no se dispone de ellos).

40. La recomendación c), en virtud de la cual la constitución de una garantía real sobre una marca no implica la transferencia de la marca ni confiere al acreedor garantizado el derecho a utilizarla, es también compatible con la *Guía*. Sin embargo, en virtud de ella, el acreedor garantizado tiene el derecho, pero no la obligación, de mantener la marca, y el concepto de la "no utilización excusable" de una marca podría implicar la preservación de la marca en caso de no utilización a raíz de la insolvencia del propietario.

41. Además, la recomendación d) es compatible con la *Guía*, ya que prevé una regla supletoria para los derechos de las partes dentro de los límites de la ley aplicable. La recomendación e) también es compatible con la *Guía* por poner de relieve la importancia de la valoración de las marcas sin sugerir ningún sistema concreto de valoración. La recomendación h) también es compatible con la *Guía*, pues en ella se recomienda la inscripción de notificaciones incluso respecto de los registros de marcas. Convendría señalar que los términos "la fecha de la garantía real" hacen referencia a la oponibilidad de la garantía real entre las partes y no a su eficacia frente a terceros.

42. Además, las recomendaciones i), j) y k) son compatibles con la *Guía*, dado que prevén mecanismos eficaces de ejecución y la inscripción de las sentencias o decisiones administrativas de ejecución. Por último, la recomendación m), a reserva de su aprobación por las autoridades gubernamentales competentes, es compatible con las recomendaciones de la *Guía* en lo que respecta a los procedimientos eficaces de inscripción.

VI. Prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: respecto de los párrafos 43 a 55 y 1 a 23 del documento A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3, consúltense los documentos A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, párrafos 33 a 61; A/CN.9/667, párrafos 86 a 103; A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, párrafos 1 a 25; y A/CN.9/649, párrafos 41 a 56.*]

A. El orden de prelación

43. Con arreglo a la *Guía*, el concepto de orden de prelación de una garantía real, en lo que respecta a los reclamantes concurrentes, consiste en la determinación de quién, entre el acreedor garantizado y cada reclamante concurrente (véase el párrafo 44 *infra*), podrá cobrar primero a raíz de la venta de un bien gravado por incumplimiento del deudor. Conforme al régimen de la propiedad intelectual, la prelación sirve, en cambio, para determinar la titularidad o validez de un derecho de propiedad intelectual. En muchos países, cuando un titular transfiere su derecho de propiedad intelectual, este titular originario no podrá hacer una segunda transferencia de ese mismo derecho (a reserva de que las partes cumplan con las disposiciones legislativas en materia de inscripción o anotación o con los requisitos de conocimiento previo del régimen de la propiedad intelectual). De ser este el caso, no se planteará ninguna cuestión de prelación en el sentido dado a este concepto por la *Guía*. Por consiguiente la *Guía* no sería aplicable y este asunto quedaría al arbitrio del régimen de la propiedad intelectual. Por igual motivo, conforme a la *Guía*, una parte que no tenga derechos sobre un bien ni la facultad para gravarlo no podrá constituir un gravamen sobre tal bien (véase la recomendación 13).

B. Identificación de los reclamantes concurrentes

44. Conforme a la *Guía,* por "reclamante concurrente" con un derecho sobre un bien gravado debe entenderse otro acreedor garantizado que disponga de una garantía real sobre el mismo bien (que, con arreglo a la *Guía*, podría ser también un cesionario a título de garantía), un cesionario o arrendatario del bien gravado o un beneficiario de una licencia sobre dicho bien, un acreedor judicial con un derecho sobre el bien gravado o un representante de la insolvencia en el procedimiento de insolvencia contra el otorgante. Así pues, la *Guía* será aplicable a los conflictos de prelación: a) entre una garantía real, cuya notificación se haya inscrito en el registro general de las garantías reales, y una garantía real respecto de la cual se haya inscrito un documento o una notificación en el registro pertinente de la propiedad intelectual; b) entre dos garantías reales, un documento o la notificación de las mismas que se hayan inscrito en el registro pertinente de la propiedad intelectual; c) entre los derechos de un cesionario o licenciatario de propiedad intelectual y una

garantía real sobre esa propiedad intelectual; y d) entre dos garantías reales sobre propiedad intelectual cuyas notificaciones se hayan inscrito en el registro general de las garantías reales (véanse las recomendaciones 76 a 78).

45. En el contexto de la propiedad intelectual se utiliza, en cambio, el concepto de "cesionarios conflictivos o concurrentes" para designar a los cesionarios y licenciatarios con derechos concurrentes. Como ya se ha señalado, la *Guía* no se aplica en general a los conflictos entre los derechos de cesionarios o licenciatarios, a menos que haya al mismo tiempo un conflicto sobre una garantía real. Sin embargo, en ese caso la *Guía* no será aplicable si uno de los cesionarios ha adquirido su derecho mediante una transferencia de propiedad intelectual con fines de garantía de conformidad con el régimen de las operaciones garantizadas recomendado en la *Guía* y, en virtud del principio enunciado en el apartado b) de la recomendación 4, no existe ninguna regla de derecho sobre prelación en materia de propiedad intelectual que sea aplicable a un conflicto de esta índole. Del mismo modo, la *Guía* no se aplica a un conflicto entre el cesionario de un bien gravado, que haya adquirido el bien del acreedor garantizado a raíz del incumplimiento del otorgante y de la debida ejecución del acreedor garantizado, y otro acreedor garantizado que haya recibido posteriormente un derecho sobre el mismo bien del mismo otorgante (que ya no tenga derechos sobre el bien gravado), dado que, conforme a la *Guía*, este no es un verdadero conflicto de prelación (aunque puede ser un conflicto regulado por el régimen de la propiedad intelectual).

C. Importancia del conocimiento que se tenga de una transferencia o gravamen anterior

46. Con arreglo a la *Guía*, el mero conocimiento de la existencia de un gravamen anteriormente constituido no será un factor determinante de la prelación (véase la recomendación 93). En cambio, sí puede ser pertinente el hecho de saber que la transferencia de un bien gravado viola una garantía real sobre el bien (véase la recomendación 81 a)). Así pues, una garantía de un acreedor que tenga conocimiento de un gravamen anterior podrá, no obstante, gozar de prelación sobre la garantía anterior si el nuevo acreedor hace inscribir un aviso de su garantía (o si la hace oponible a terceros por algún otro medio), adelantándose al beneficiario de la garantía anterior (véase la recomendación 76 a)).

47. En cambio, muchos regímenes de la propiedad intelectual disponen que una transferencia ulterior o una garantía ulteriormente constituida solo gozará de prelación si su inscripción es anterior y si se hizo sin conocimiento de una anterior transferencia conflictiva. La primacía reconocida en estos casos al régimen de la propiedad intelectual, en virtud del apartado b) de la recomendación 4, salvaguardaría la primacía de estas reglas de prelación para las que el conocimiento previo constituye un factor determinante de la prelación, siempre que esas reglas regulen específicamente las garantías reales sobre propiedad intelectual.

D. Prelación de una garantía inscrita en un registro de la propiedad intelectual

48. Como ya se ha señalado, si el régimen de la propiedad intelectual prevé reglas de prelación que regulen la prioridad de una garantía real sobre propiedad intelectual y que sean aplicables concretamente a la propiedad intelectual, y si las reglas de prelación recomendadas en la *Guía* no son compatibles con esas reglas, el régimen recomendado en la *Guía* no será aplicable (véase la recomendación 4 b)). No obstante, si el régimen de la propiedad intelectual no prevé tales reglas o si las reglas de prelación enunciadas en el régimen recomendado en la *Guía* no son incompatibles con las primeras, las reglas de prelación del régimen recomendado en la *Guía* serán aplicables.

49. La *Guía* recomienda que una garantía u otro derecho respecto del cual se haya inscrito un documento o una notificación en un registro especial tenga prelación sobre una garantía respecto de la cual se haya inscrito una notificación en el registro general de las garantías reales, independientemente del orden en que se hayan efectuado tales inscripciones (véanse las recomendaciones 77 y 78).

50. Esta recomendación es igualmente aplicable a las garantías reales sobre propiedad intelectual. Así pues, si surge un conflicto entre dos garantías reales sobre propiedad intelectual, una de las cuales haya sido inscrita en el registro general de las garantías reales y la otra haya sido objeto de inscripción de un documento o notificación en el registro pertinente de la propiedad intelectual, la *Guía* será aplicable y dará prelación a la garantía real respecto de la que se haya inscrito la notificación en el registro pertinente de la propiedad intelectual (véase la recomendación 77 a)). Pero si las dos garantías han sido objeto de inscripción de documentos o notificaciones en el registro pertinente de la propiedad intelectual, gozará de prelación la primera respecto de la cual se haya efectuado tal inscripción, y la *Guía* confirma ese resultado (véase la recomendación 77 b)).

51. De producirse un conflicto de prelación entre el derecho adquirido por el cesionario de la propiedad intelectual gravada y una garantía real respecto de la cual, al efectuarse la transferencia, ya se hubiera inscrito un documento o una notificación en el registro pertinente de la propiedad intelectual, el cesionario del derecho de propiedad intelectual lo adquiriría gravado por la garantía. Ahora bien, si el acreedor garantizado no ha inscrito un documento o una notificación de su garantía en dicho registro, el cesionario adquirirá el derecho que le haya sido transferido libre de todo gravamen (véase la recomendación 78). En algunos Estados, en virtud del régimen de la propiedad intelectual, el acreedor garantizado gozaría de prelación en este caso, si el cesionario no fuera un comprador de buena fe. La *Guía* daría precedencia a esa regla si fuera concretamente aplicable a la propiedad intelectual.

52. Así pues, si A constituye un gravamen sobre una patente a favor de B, que hace inscribir su garantía en el registro general de las garantías reales, y si A transfiere ulteriormente la titularidad de la patente a C, que inscribe un documento o una notificación de su transferencia en el registro de patentes, de conformidad con la *Guía*, C adquirirá dicha patente libre de todo gravamen, dado que no se habrá inscrito ningún documento o notificación de la garantía real en el registro de patentes (véase la recomendación 78). Del mismo modo, si A, en lugar de transferir su derecho de propiedad intelectual, constituye sobre tal derecho un gravamen a

favor de C, y únicamente C inscribe un documento o notificación de la garantía real en el registro de patentes, de conformidad con la *Guía*, la garantía de C prevalecería (véase la recomendación 77 a)). En uno y otro caso, al primar la inscripción de un documento o notificación en el registro de patentes, de conformidad con la *Guía*, todo tercero que haya consultado el registro de patentes no necesitará consultar el registro general de las garantías reales. En todos los ejemplos citados, el régimen de la propiedad intelectual es el que determina quién es el cesionario de un derecho de propiedad intelectual y los requisitos que han de cumplirse para la transferencia de ese derecho. Conviene señalar también que un registro de la propiedad intelectual solamente inscribirá avisos de garantías constituidas sobre propiedad intelectual. Dicho registro no inscribiría notificación alguna respecto de una garantía constituida sobre un bien corporal que lleve incorporada de alguna forma propiedad intelectual.

E. Prelación de una garantía real no inscribible o no inscrita en un registro de la propiedad intelectual

53. Conforme a la *Guía*, de no poder inscribirse (o de no estar inscrito) un documento o una notificación de una garantía real en un registro especial, pero de haberse inscrito una notificación en el registro general de las garantías reales, la prelación de la garantía vendrá determinada por el orden de inscripción en este último registro (véase la recomendación 76 a)). Además, por lo general, todo cesionario, arrendatario o licenciatario de un bien gravado, respecto del cual no pueda inscribirse (o no se haya inscrito) un documento o una notificación de una garantía real en un registro especial, adquirirá el bien libre de esa garantía real (véase la recomendación 79).

54. Estas recomendaciones son igualmente aplicables a las garantías reales sobre propiedad intelectual, salvo si, en virtud del apartado b) de la recomendación 4, existe una regla de prelación en sentido contrario en el régimen de la propiedad intelectual específicamente aplicable a ese tipo de propiedad. Así pues, si no puede inscribirse (o si no se ha inscrito) en un registro de la propiedad intelectual un documento o notificación de una garantía real sobre propiedad intelectual, pero sí se ha inscrito una notificación sobre tal garantía en el registro general de las garantías reales, la prelación de la garantía será determinada en función del orden de inscripción de la notificación. Del mismo modo, todo cesionario o licenciatario de propiedad intelectual adquirirá la propiedad intelectual sujeta al gravamen de la garantía real. Si la propiedad intelectual hubiera sido transferida por el otorgante de la garantía real antes de la constitución de dicha garantía, el acreedor garantizado no dispondrá de garantía real alguna en razón del principio *nemo dat* sobre los derechos reales, de aceptación general, cuya aplicación no se ve afectada por la *Guía*. Este criterio se ha plasmado en la regla general de la *Guía* conforme a la cual un otorgante solamente puede constituir una garantía real sobre un bien respecto del cual tenga derechos o la facultad para constituir sobre él una garantía real (véase la recomendación 13).

F. Derechos reconocidos al cesionario de propiedad intelectual gravada

55. Como ya se ha indicado anteriormente, conforme a la *Guía*, el cesionario de un bien gravado (aun cuando sea propiedad intelectual) adquiere habitualmente ese bien sujeto a toda garantía que fuera oponible a terceros al efectuarse la transferencia (véase la recomendación 79). Se reconocen dos excepciones a esa regla. La primera se da cuando el acreedor garantizado haya autorizado la enajenación del bien gravado libre de todo gravamen (véase la recomendación 80 a), para las ventas de bienes gravados, y 80 b) para los arrendamientos o las licencias de bienes gravados). La segunda excepción se refiere a las transferencias efectuadas en el curso ordinario de los negocios del transferente, del arrendador o del licenciante (véase la recomendación 81). Es importante señalar que, de conformidad con la *Guía*, una licencia de propiedad intelectual no constituye una transferencia de tal propiedad. Por ello, las reglas de la *Guía* aplicables a la cesión de bienes gravados no serán aplicables a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual que haya sido ulteriormente licenciada. En cualquier caso, dada la primacía reconocida al régimen de la propiedad intelectual por el apartado b) de la recomendación 4, la *Guía* no altera la tipificación conceptual de una licencia en el régimen de la propiedad intelectual (particularmente si se trata de una licencia exclusiva otorgada en calidad de transferencia).

(A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.3) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre el proyecto de anexo a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 15º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
VI.	Prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual (*continuación*)	1-18
	G. Derechos de los licenciatarios en general	1-6
	H. Derechos de algunos licenciatarios	7-10
	I. Prelación de una garantía otorgada por el licenciante frente a una garantía otorgada por un licenciatario	11-15
	J. Prelación de una garantía sobre propiedad intelectual frente al derecho de un acreedor judicial	16-17
	K. Subordinación	18
VII.	Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía constituida sobre propiedad intelectual	19-22
	A. Aplicación del principio de la autonomía contractual	19
	B. Legitimación del acreedor garantizado para enjuiciar a un infractor del derecho gravado o para renovar su inscripción registral	20-22
VIII.	Derechos y obligaciones de los terceros deudores en operaciones de financiación garantizadas por propiedad intelectual	23
IX.	Ejecución de una garantía constituida sobre propiedad intelectual	24-48
	A. Intersección del régimen de las operaciones garantizadas con la legislación aplicable a la propiedad intelectual	24-27
	B. Ejecución de la garantía según cuál sea la índole de la propiedad intelectual gravada	28-29
	C. Toma de “posesión” de la propiedad intelectual gravada	30-31
	D. Disposición de la propiedad intelectual gravada	32-33
	E. Derechos adquiridos a raíz de un acto de disposición de la propiedad intelectual gravada	34-36
	F. Propuesta por el acreedor garantizado de aceptar la propiedad intelectual gravada en satisfacción de la deuda	37

G. Cobro de regalías y otros derechos de licencia 38

H. Otros derechos contractuales del licenciante 39

I. Ejecución de garantías constituidas sobre bienes corporales que lleven propiedad intelectual incorporada 40-43

J. Ejecución de una garantía constituida sobre los derechos de un licenciatario 44-48

VI. Prelación de una garantía real sobre propiedad intelectual (*continuación*)

G. Derechos de los licenciatarios en general

1. La propiedad intelectual suele ser objeto de licencia. En tales supuestos, el licenciante puede constituir gravámenes para obtener crédito financiero con los derechos que retiene sobre la propiedad licenciada, como la propiedad, los derechos relacionados con esta y los derechos de un licenciante en virtud de un acuerdo de licencia (como el derecho al cobro de regalías). Del mismo modo, la autorización del licenciatario para utilizar la propiedad intelectual o el derecho del licenciatario a otorgar una sublicencia y al cobro de regalías (en ambos casos de conformidad con lo estipulado en el acuerdo de licencia) pueden ser utilizados por el licenciatario como garantía para obtener un crédito financiero.

2. Si el propietario del derecho de propiedad intelectual ha constituido una garantía en favor de un acreedor garantizado y esta se hace oponible a terceros, el propietario podrá conceder una licencia sobre un derecho de propiedad intelectual gravado siempre que siga reteniendo la propiedad. No obstante, conforme a los principios generales del derecho sobre la propiedad intelectual, el propietario no podrá conceder una licencia sobre su derecho de propiedad intelectual gravado si: a) el acreedor garantizado pasa a ser el propietario; b) en la medida en que lo permita el derecho sobre la propiedad intelectual, el propietario y el acreedor garantizado han acordado que el acreedor garantizado será el propietario o actuará como tal; c) el propietario y el acreedor garantizado han acordado que toda licencia concedida por el propietario quedará sin efecto al ejecutar su garantía el acreedor garantizado. En las dos primeras situaciones, una licencia concedida por el propietario original, conforme al derecho sobre la propiedad intelectual, constituiría una licencia no autorizada y un acreedor garantizado que adquiriera una garantía en esa licencia no obtendría nada, por el principio *nemo dat*.

3. En el último caso mencionado en el párrafo precedente, el propietario, en teoría, puede conceder una licencia, pero normalmente el resultado sería el mismo que en los dos primeros casos, porque la concesión de una licencia por el propietario en violación de su acuerdo con el acreedor garantizado constituiría un acto de incumplimiento. Como resultado de ello, el acreedor garantizado del licenciante podría ejecutar su garantía vendiendo el derecho de propiedad intelectual objeto de licencia o concediendo otra licencia libre de la licencia previamente

constituida (y de toda garantía concedida por el licenciatario) ya que normalmente el licenciatario habría adquirido su licencia supeditada a la garantía del acreedor garantizado del licenciante (véanse las recomendaciones 79 y 161 a 163). De otro modo, el acreedor garantizado del licenciante podría tratar de cobrar las regalías adeudadas por el licenciatario al licenciante (como producto del derecho de propiedad intelectual gravado; véanse las recomendaciones 19, 39, 40, 100 y 168), dado que los derechos por concepto de licencia son tratados como cualquier otro crédito por cobrar. Huelga decir que si el licenciatario adquiere el derecho de propiedad intelectual objeto de licencia libre de la garantía otorgada por el propietario/licenciante del derecho de propiedad intelectual (es decir, si el acreedor garantizado autorizó la concesión de la licencia o si la licencia es una licencia no exclusiva otorgada por el licenciante en el curso ordinario de sus negocios, el licenciatario podría retener su licencia y el acreedor garantizado únicamente podría tratar de cobrar las regalías abonables por el licenciatario al licenciante (véanse las recomendaciones 80, apartado b), y 81, apartado c)).

4. Si el licenciatario constituye a su vez una garantía real sobre sus derechos conforme al acuerdo de licencia (fundamentalmente autoriza la utilización de la propiedad intelectual gravada), esa garantía real estaría constituida sobre un bien distinto (en otras palabras, no sobre los derechos del licenciante para reclamar el cobro de regalías), y estaría supeditado a la garantía real constituida por el licenciante, dado que el licenciatario habría adquirido sus derechos sujetos a ese gravamen (véase la recomendación 79) y el licenciatario no podría haber otorgado a su acreedor garantizado un derecho superior al suyo (principio *nemo dat*). Por ello mismo, si el acreedor garantizado del licenciante hace valer su garantía, podría disponer de esa propiedad intelectual gravada libre de la licencia. Ello supondría que la licencia quedaría cancelada al disponerse de ese derecho y los bienes gravados del licenciatario dejarían de existir. Asimismo, con independencia de que el licenciante haya constituido o no una garantía sobre la propiedad licenciada, si el licenciatario incumple el acuerdo de licencia, el licenciante podrá cancelar dicho acuerdo, en la medida en que lo permita el derecho sobre la propiedad intelectual, y el acreedor con un gravamen sobre la licencia del licenciatario se quedaría sin su garantía.

5. Los derechos del licenciante y el licenciatario en virtud del acuerdo de licencia y el derecho sobre la propiedad intelectual no se verán afectados por el régimen de las operaciones garantizadas. Por ello, si el licenciatario incumple el acuerdo de licencia, el licenciante podrá cancelarlo y el acreedor garantizado del licenciatario se quedaría igualmente sin el objeto de su garantía. Por ese mismo motivo, el régimen de las operaciones garantizadas no afectaría en nada a lo estipulado entre el licenciatario y el licenciante prohibiendo al licenciatario otorgar una sublicencia o hacer cesión del cobro de las regalías abonables al licenciatario por todo sublicenciatario eventual.

6. Como ya se ha indicado, hay dos excepciones a la regla de que un licenciatario de un derecho de propiedad intelectual gravado adquiere su licencia supeditada a toda garantía previamente constituida. La primera excepción corresponde al supuesto de que el acreedor garantizado haya dado su consentimiento a la concesión de la licencia libre del gravamen previamente constituido sobre la propiedad licenciada (véase la recomendación 80, apartado b)). La segunda corresponde al supuesto de las licencias no exclusivas de la propiedad intelectual gravada que el

licenciante conceda en el curso ordinario de sus negocios (véase la recomendación 81, apartado c), y los párrafos 7 a 10 *infra*).

H. Derechos de algunos licenciatarios

7. En la medida en que el derecho sobre la propiedad intelectual trata de esta cuestión y estipula que un licenciatario de propiedad intelectual gravada adquiere la licencia supeditada a toda garantía previamente constituida por el licenciante, a menos que el acreedor diera su consentimiento a la concesión de la licencia libre de la garantía, no será aplicable (véase la recomendación 4, apartado b)) la normativa que se recomienda en la *Guía*, (es decir, en el presente caso, la recomendación 81, apartado c)). Por ello, a menos que el acreedor garantizado diera su consentimiento para la concesión de una licencia no afectada por la garantía (que será normalmente la situación ya que el concesor/licenciante dependerá de los ingresos que perciba a título de regalías para pagar la obligación garantizada), el licenciatario adquirirá la licencia sujeta a la garantía. Por tal motivo, en caso de incumplimiento por parte del concesor/licenciante, el acreedor garantizado del licenciante podría hacer valer su garantía sobre la propiedad intelectual licenciada y vender o conceder una licencia sobre ella libre de la licencia concedida por el concedente/licenciante. Además, toda persona que obtenga una garantía del licenciatario no obtendrá una garantía efectiva ya que el licenciatario habrá recibido una licencia no autorizada y no tendrá ningún derecho que ceder.

8. Si el derecho sobre la propiedad intelectual no aborda este asunto en absoluto o no lo hace de forma no compatible con el apartado c) de la recomendación 81, se aplicará dicha recomendación 81 (véase la recomendación 4, apartado b)). Con arreglo al apartado c) de la recomendación 81, el licenciatario de una licencia no exclusiva concedida en el curso ordinario de los negocios del licenciante sin conocimiento de que la licencia se concedía en violación de una garantía previamente constituida, adquirirá dicha licencia sobre la propiedad intelectual licenciada libre de todo gravamen. El resultado de esta regla es que, si el acreedor garantizado hace valer su garantía frente al licenciante, el acreedor garantizado podrá cobrar todas las regalías abonables por el licenciatario, pero no podrá vender la propiedad intelectual licenciada ni conceder otra licencia que tenga por efecto cancelar los derechos del licenciatario existente en tanto que el licenciatario cumpla lo estipulado en el acuerdo de licencia. Esta regla tiene por objeto proteger las operaciones cotidianas legítimas, como la adquisición directa de copias de programas informáticos sujetos a derechos de autor con acuerdos de licencia contraídos con los usuarios finales. En esas operaciones, los compradores no deberían tener que consultar un registro ni adquirir los programas informáticos con sujeción a las garantías reales que hubieran constituido sobre ellos el fabricante de los programas o sus distribuidores.

9. El apartado c) de la recomendación 81 parte del supuesto de que el otorgante sigue siendo el propietario de la propiedad intelectual gravada y no da su consentimiento para la concesión de licencias por un otorgante que ya no es el propietario del derecho de propiedad intelectual ni el titular de ese derecho. Además, no afecta a la relación entre el licenciante y el licenciatario y no implica que el licenciatario adquiriría una licencia sin estar sujeto a lo estipulado en el acuerdo de licencia y a la ley que rigiera dicho acuerdo (tampoco influye en las limitaciones

que el acuerdo de licencia impone al licenciatario que concede una sublicencia). Además, ni esta recomendación ni la *Guía* obstaculizan la ejecución de las disposiciones entre el acreedor garantizado y el otorgante/licenciante (o entre el licenciante y su licenciatario) para que el otorgante/licenciante introduzca en todas las licencias no exclusivas que conceda en el curso ordinario de sus negocios una cláusula conforme a la cual la licencia quedará cancelada si el acreedor garantizado del licenciante hace valer su garantía.

10. El acreedor garantizado puede optar por no conceder crédito alguno hasta haber tenido ocasión de revisar y aprobar la condiciones de las sublicencias para asegurarse por ejemplo, de que las regalías previstas se pagan al inicio, de que está permitido cancelar la licencia en caso de incumplimiento de pago de las regalías y de que está prohibido ceder subregalías. Además, si un acreedor garantizado no desea alentar al licenciante a conceder licencias no exclusivas tiene la posibilidad de requerir al prestatario (es decir, al licenciante) en su acuerdo de garantía (o en cualquier otro texto), que, en todas sus licencias no exclusivas, inserte una cláusula en virtud de la cual, si el prestatario otorga una licencia no exclusiva, esta quedará cancelada si el acreedor garantizado del licenciante hace valer su garantía. Del mismo modo, si el licenciante no desea que su licenciatario conceda sublicencias, podrá incluir en el acuerdo de licencia una cláusula que disponga que la concesión de una sublicencia por parte del licenciatario constituirá incumplimiento del acuerdo de licencia, lo que dará al licenciante derecho a cancelar la licencia. Nada de lo dispuesto en la *Guía* restaría validez al cumplimiento de esas cláusulas entre el acreedor garantizado y su prestatario (o entre el licenciante y su licenciatario). Normalmente, un acreedor garantizado no tendrá ningún interés en imponer tales limitaciones, ya que el negocio del licenciante (y de sus licenciatarios) será habitualmente la concesión de licencias no exclusivas, por lo que el acreedor garantizado contará con el pago de las regalías abonables a su deudor (el licenciante) para que este pueda pagar la obligación garantizada.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: Con respecto a las garantías reales sobre los derechos de propiedad intelectual, tal vez el Grupo de Trabajo desee considerar la posibilidad de modificar el apartado c) de la recomendación 81, en la medida en que se aplica a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual (pero no a otros bienes no corporales), mediante una de las siguientes recomendaciones específicamente relacionadas con los bienes*:

Variante A

La legislación debería prever que los derechos de un licenciatario de propiedad intelectual a utilizar la propiedad intelectual licenciada de conformidad con lo estipulado en el acuerdo de licencia no se verán afectados por una garantía constituida sobre el derecho de propiedad intelectual concedida por el licenciante, a condición de que:

a) *La licencia sea no exclusiva*;

b) *El propietario de la propiedad intelectual gravada se dedique generalmente a conceder licencias no exclusivas sobre ese derecho de propiedad intelectual en condiciones prácticamente idénticas a las previstas en el acuerdo de licencia del licenciatario sin adaptar el derecho de propiedad intelectual a un determinado licenciatario*; *y*

c) *Al concertarse el acuerdo de licencia, el licenciatario no tenga conocimiento de que la licencia violaba los derechos del acreedor garantizado.*

Variante B

[*La legislación debería prever que un licenciatario de propiedad intelectual gravada adquiere su licencia sujeta a una garantía concedida por el licenciante, a menos que el acreedor garantizado actuando como propietario haya dado su consentimiento para la concesión de la licencia libre de la garantía real.*] *Si el acuerdo de garantía no trata la cuestión, se considerará que el acreedor garantizado actuando como propietario ha autorizado la licencia libre de la garantía.*

Tal vez el Grupo de Trabajo desee tomar nota de que las variantes A y B figuran entre corchetes porque aún no han sido aprobadas por el Grupo de Trabajo, y de que la primera oración de la variante B figura entre corchetes porque en ella se repite la regla incluida en el apartado b) de la recomendación 80. La Secretaría las propone para ayudar al Grupo de Trabajo a llegar a un acuerdo sobre esta cuestión (véase A/CN.9/667, párrafos 97 a 100). La otra alternativa consistiría en explicar la forma en que el apartado c) de la recomendación 81 se aplicaría en un contexto de derechos de propiedad intelectual parecido al expuesto en los párrafos 7 a 10 supra (véase también A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, párrafos 49 a 55) y dejar que el asunto se resuelva conforme al principio de remisión a la legislación en materia de propiedad intelectual como se prevé en el apartado b) de la recomendación 4). Por tal motivo, el apartado c) de la recomendación 81 no se aplicaría ya que no sería compatible con la legislación en materia de propiedad intelectual. Por ello, no se obstaculizaría la aplicación de la legislación en materia de propiedad intelectual.

Además, el Grupo de Trabajo podría tomar nota de que tanto la variante A como la variante B parten del supuesto de que la garantía es oponible a terceros (*conforme a la Guía, no puede plantearse ninguna cuestión de prelación si la garantía no es oponible a terceros*). *Asimismo, el Grupo de Trabajo podría tomar nota de que: la variante A es una reformulación del principio incluido en el apartado c*) *de la recomendación 81; y en la variante B se reitera y desarrolla el principio consagrado en el apartado b*) *de la recomendación 80.*

El ejemplo que se da a continuación podría ayudar al Grupo de Trabajo a considerar los resultados de la aplicación de la variante A o la variante B.

El distribuidor de cintas de vídeo A suele obtener licencias exclusivas de productores cinematográficos para la reproducción y venta de vídeos de películas y se dedica a otorgar sublicencias no exclusivas en condiciones prácticamente idénticas sin adaptación. En estas condiciones, A concede sublicencias no exclusivas a B, C, y D para la reproducción y venta de estos vídeos de películas. El distribuidor de vídeos A acuerda pagar a los productores el 25% de los ingresos netos por concepto de regalías, que obtiene por explotar los derechos sobre los vídeos. El distribuidor de vídeos A también acuerda con sus sublicenciatarios no exclusivos B, C y D que pagarán regalías equivalentes al 50% de su renta de regalías. El distribuidor de vídeos A obtiene una línea de crédito del acreedor garantizado E y otorga al acreedor garantizado E una garantía sobre sus derechos en virtud de las licencias de vídeo y de la renta de regalías prevista. Los sublicenciatarios no exclusivos B, C y D tienen cadenas de tiendas de vídeo, en las

que venden y alquilan cintas de vídeo a los clientes, concediéndoles, de hecho, sublicencias no exclusivas en condiciones prácticamente idénticas sin adaptación. B, C y D obtienen líneas de crédito del acreedor garantizado F obtenidas de sus derechos de licencia y sus regalías.

Incluso sin la variante A o B, los derechos de un licenciatario no se verían afectados por la garantía de un acreedor garantizado del licenciante, si el acreedor garantizado hubiera dado su consentimiento al licenciante para conceder la licencia sin que esta se viera afectada por la garantía (*véase la recomendación 80, apartado b*)).

Conforme a la variante A, los derechos de licencia de los licenciatarios no exclusivos B, C y D no se verían afectados por la garantía constituida por el distribuidor de vídeos A (*que en el curso ordinario de sus negocios otorga licencias no exclusivas en condiciones prácticamente idénticas sin adaptación*) *en favor del acreedor garantizado E, si, al concluirse el acuerdo de licencia, B, C y D no tenían conocimiento de que las licencias violaban los derechos del acreedor garantizado E* (*véanse la recomendación 81, apartado c*), *y la variante A*). *Del mismo modo, los clientes de B, C y D, que alquilan o compran cintas de vídeo, no se verían afectados por ninguna garantía concedida por B, C y D, si, como sucedería normalmente, no tenían conocimiento de que las licencias que recibían violaban los derechos del acreedor garantizado F. De hecho, en ambas situaciones, el acreedor garantizado no tendría interés en perturbar la corriente de pagos de regalías a sus prestatarios.*

Conforme a la variante B, los sublicenciatarios no exclusivos B, C y D adquirirían los derechos de licencia sin que se vieran afectados por la garantía constituida por el distribuidor de vídeos A en favor del acreedor garantizado E, si en el acuerdo de garantía no se abordaba el asunto (*si el acreedor garantizado E daba su consentimiento para la concesión de las licencias por el distribuidor de vídeos A a los sublicenciatarios no exclusivos B, C y D sin que ello se viera afectado por la garantía, se aplicaría el apartado b*) *de la recomendación 80*). *Lo mismo se aplicaría a los clientes de B, C y D si en los acuerdos de garantía con el acreedor garantizado F no se abordaba el asunto.*]

I. Prelación de una garantía otorgada por el licenciante frente a una garantía otorgada por un licenciatario

11. El derecho del licenciante al cobro de las regalías que deba abonarle el licenciatario conforme al acuerdo de licencia no se verá afectado por garantía real alguna que el licenciatario otorgue sobre las regalías que le sean, a su vez, abonables en virtud de un acuerdo de sublicencia. Cabe, no obstante, que el ejercicio de su garantía por el acreedor del licenciatario merme los recursos de que disponga el licenciatario para abonar las regalías debidas al licenciante, en la medida en que el acreedor garantizado del licenciatario intente cobrar él mismo las regalías abonables por la sublicencia.

12. El ejemplo que se da a continuación puede ayudar a ilustrar el problema. El propietario de un derecho de propiedad intelectual A otorga una licencia al licenciatario B conforme a un acuerdo de licencia por el que se permite a B otorgar sublicencias. B otorga una sublicencia a C y constituye una garantía sobre sus

subregalías en favor del acreedor garantizado SC1 que inscribe una notificación de su garantía real en el registro general de estas garantías. Entonces, el propietario del derecho de propiedad intelectual A constituye una garantía en favor de SC2 sobre sus derechos de propiedad intelectual y el derecho a cobrar regalías. El acreedor garantizado SC2 inscribe una notificación de su garantía real en el registro general de esas garantías. El acreedor garantizado SC1 del licenciatario B tendrá prelación frente al acreedor garantizado SC2 del propietario, a menos que el acreedor garantizado SC1 del licenciatario inscribiera una notificación de su garantía real en el registro general de esas garantías, y el acreedor garantizado SC2 del licenciante inscribiera un documento o una notificación de su garantía real en el registro correspondiente de la propiedad intelectual. De no ser inscribible la garantía constituida sobre el derecho de propiedad intelectual en un registro especializado, la prelación quedará determinada por el orden de inscripción de una notificación de garantía real en el registro general de garantías reales (véanse las recomendaciones 76 a 78).

13. Ahora bien, en tal caso el licenciante dispondrá de diversos medios para proteger su derecho. Por ejemplo, podrá protegerlo: a) prohibiendo a su licenciatario ceder o conceder una garantía sobre las regalías que le sean abonables por concepto de acuerdos de sublicencia; b) cancelando la licencia en todos los casos en que el licenciatario ceda el cobro de las regalías abonables por sus sublicenciatarios en violación de esa prohibición; c) acordando que todo sublicenciatario pagará directamente sus subregalías al licenciante; o d) exigiendo que el acreedor garantizado del licenciatario concierte un acuerdo de subordinación con el acreedor garantizado del licenciante. La *Guía* reconocería la validez de toda cláusula contractual reconocida por el régimen de la propiedad intelectual o por el derecho general de las obligaciones.

14. Además, el licenciante podría insistir en que el licenciatario concediera al licenciante una garantía real sobre toda regalía que le fuera abonable por concepto de sublicencia. Ahora bien, la prelación de la garantía así constituida a favor del licenciante frente a otra garantía real concedida por el licenciante sobre toda regalía que le fuera abonable, estaría sujeta al orden general de prelación. Ello significa que tendría prelación la garantía real que se opuso en primer lugar a terceros o el asunto que fue objeto de una notificación inscrita en el registro general de garantías reales (o un documento o una notificación inscrita en un registro especializado, de ser aplicable).

15. En situaciones en que el bien gravado es un bien corporal en cuya fabricación se hace uso de algún derecho de propiedad intelectual, en determinadas circunstancias, una garantía real puede considerarse como garantía real de una adquisición. Esto significa que un acreedor garantizado de un propietario/arrendatario financiero puede tener prelación frente a un acreedor garantizado de un arrendador financiero de bienes corporales, incluso si el acreedor garantizado del propietario/cedente se inscribe posteriormente. Ahora bien, como se ha indicado en el capítulo relativo a la ejecución, dicha garantía recae sobre el bien corporal y no sobre la propiedad intelectual que lleve incorporada. El derecho del acreedor garantizado por una garantía real del precio de adquisición del bien gravado para disponer de dicho bien (con la propiedad intelectual que lleve incorporada) se regirá por la norma aplicable a la ejecución de dicha garantía y, conforme se explica más adelante, estará supeditado al agotamiento del derecho de propiedad intelectual que lleve

incorporado el bien gravado o a la autorización dada por el acreedor garantizado del propietario del derecho de propiedad intelectual para disponer del bien gravado en su estado actual (véanse los párrafos 40 a 43 *infra*).

J. Prelación de una garantía sobre propiedad intelectual frente al derecho de un acreedor judicial

16. Con arreglo a la *Guía*, una garantía que se hizo oponible a terceros antes de que un acreedor judicial adquiriera su derecho sobre un bien gravado, gozará de prelación frente al crédito judicial. Ahora bien, si un acreedor ordinario obtuvo una sentencia contra el otorgante de la garantía y adoptó las medidas necesarias, con arreglo a la ley procesal del foro, para hacer valer su derecho judicial ejecutorio sobre el bien gravado antes de que la garantía se hiciera oponible a terceros, dicho acreedor judicial gozará de prelación (véase la recomendación 84).

17. Esta recomendación será igualmente aplicable a las garantías sobre propiedad intelectual. En tal caso, con arreglo a la legislación en materia de propiedad intelectual, el acreedor judicial deberá obtener una transferencia de la propiedad intelectual afectada que tal vez haya de inscribirse en el registro de la propiedad intelectual para que el acreedor judicial goce de prelación. Si esta transferencia se efectúa antes de hacerse oponible la garantía a terceros, el cesionario por decisión judicial de la propiedad intelectual gravada la adquirirá libre de todo gravamen con arreglo tanto al régimen recomendado en la *Guía* como a la legislación en materia de propiedad intelectual (véase también la recomendación 79).

K. Subordinación

18. La *Guía* reconoce el principio de la subordinación (véase la recomendación 94). Este principio será igualmente aplicable a las garantías sobre propiedad intelectual. Con arreglo a este principio, con tal de que los derechos de terceros no se vean afectados, los reclamantes concurrentes pueden modificar por acuerdo entre ellos la prelación entre sus créditos concurrentes sobre el bien gravado. La importancia de este principio para la propiedad intelectual dimana de la divisibilidad, en cuanto a su aplicación temporal o espacial, de los derechos de propiedad intelectual.

VII. Derechos y obligaciones de las partes en un acuerdo de garantía constituida sobre propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: respecto de los párrafos 19 a 22, consúltese A/CN.9/WG.VI/.WP.35/Add.1 párrafos 62 y 63, A/CN.9/667, párrafos 104 a 108, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, párrafos 26 a 30, y A/CN.9/649, párrafos 57 a 59.*]

A. Aplicación del principio de la autonomía contractual

19. Con escasas excepciones, la *Guía* suele reconocer la autonomía de las partes en un acuerdo de garantía para modelarlo conforme a sus necesidades (véase la recomendación 10). El principio de la autonomía contractual se aplica por igual a

las garantías constituidas sobre propiedad intelectual, a reserva de toda limitación expresamente prevista en la legislación en materia de propiedad intelectual. Por ejemplo, cuando los derechos de un propietario estén gravados, el acreedor garantizado tal vez no esté legitimado para llevar al infractor del derecho gravado ante los tribunales si la legislación en materia de propiedad intelectual dispone que tan solo su propietario podrá ejercitar, transferir o gravar dicho derecho.

B. Legitimación del acreedor garantizado para enjuiciar a un infractor del derecho gravado o para renovar su inscripción registral

20. Con arreglo al régimen de las operaciones garantizadas, el acreedor garantizado debería poder convenir con el propietario del derecho de propiedad intelectual en que este le faculte para enjuiciar a todo infractor del derecho gravado y para renovar su inscripción, con tal de que ello esté permitido por la legislación en materia de propiedad intelectual. De lo contrario, el bien gravado podría perder su valor dado en garantía, si su propietario no ejercita oportunamente los remedios previstos, lo que restaría fiabilidad a la propiedad intelectual como garantía del crédito financiero que se fuera a negociar. Este criterio no privaría de sus derechos al propietario de la propiedad intelectual gravada, ya que sería preciso su consentimiento. Tampoco obstaculizaría la aplicación de la legislación en materia de propiedad intelectual, ya que tal acuerdo sería nulo y sin valor si se concertara en violación de dicha legislación. Tal vez proceda que todo Estado que promulgue las recomendaciones de la *Guía* examine si su legislación en materia de propiedad intelectual debe permitir dichos acuerdos, ya que ello facilitaría la utilización de la propiedad intelectual como garantía del crédito financiero que se fuera a negociar.

21. De modo parecido, a menos que la legislación aplicable a la propiedad intelectual lo prohíba, el acreedor garantizado tendría la posibilidad de proteger el valor de la propiedad intelectual gravada, por ejemplo, renovando su inscripción registral y enjuiciando a todo infractor si el propietario no lo hacía en un plazo razonable después de que así se lo pidiera el acreedor garantizado. De lo contrario, podría mermar el valor de la propiedad intelectual gravada, lo que restaría fiabilidad a la propiedad intelectual como garantía del crédito financiero que se fuera a negociar. Este resultado tampoco obstaculizaría la aplicación de la legislación en materia de propiedad intelectual, ya que el apartado b) de la recomendación 4 daría preferencia a dicha legislación de haber alguna inconsistencia.

22. Cabría agregar a la *Guía* las dos nuevas recomendaciones siguientes específicamente relacionadas con los bienes:

"La legislación debería disponer que, [de no estar prohibido por el derecho sobre la propiedad intelectual,] el otorgante y el acreedor garantizado podrán estipular quién estará legitimado para enjuiciar a todo infractor de la propiedad intelectual gravada o para renovar su inscripción.

[La legislación debería disponer que, [de no estar prohibido por el derecho sobre la propiedad intelectual,] el acreedor garantizado debería estar legitimado para enjuiciar a todo infractor de la propiedad intelectual gravada y para renovar su inscripción, siempre que el propietario de la misma no ejerza estos derechos en un plazo razonable.]"

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez estime que no es necesario que estas dos recomendaciones figuren entre corchetes dado que: a*) *el apartado b*) *de la recomendación 4 bastaría para que se diera preferencia a la legislación en materia de propiedad intelectual en lo relativo a cualquier asunto que pueda abordarse en la Guía de forma que no sea compatible con la legislación en materia de propiedad intelectual; y b*) *la recomendación 18 reconoce la primacía de toda limitación legal de la tranferibilidad de ciertas categorías de bienes*.]

VIII. Derechos y obligaciones de los terceros deudores en operaciones de financiación garantizadas por propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: respecto del párrafo 23, consúltese A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, párrafo 64, A/CN.9/667, párrafo 109, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, párrafo 32, y A/CN.9/649, párrafo 60*.]

23. Cuando un licenciante hace una cesión en garantía de su crédito frente al licenciatario para el cobro de las regalías abonables en virtud de un acuerdo de licencia, el licenciatario (en su condición de deudor del crédito por cobrar cedido) sería un tercero deudor y sus derechos y obligaciones serían los derechos y obligaciones de un deudor de un crédito por cobrar, con arreglo a la *Guía*. De modo similar, cuando un licenciatario hace cesión de su derecho al cobro de las regalías abonables por un sublicenciatario, el sublicenciatario pasa a ser un tercero deudor con arreglo a la *Guía*.

IX. Ejecución de una garantía constituida sobre propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: respecto de los párrafos 24 a 48, consúltese A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, párrafos 65 a 89, A/CN.9/667, párrafos 110 a 123, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, párrafos 35 a 44, y A/CN.9/649, párrafos 61 a 73*.]

A. Intersección del régimen de las operaciones garantizadas con la legislación aplicable a la propiedad intelectual

24. La legislación interna aplicable a la propiedad intelectual no suele haber previsto ninguna vía especial para la ejecución de las garantías constituidas sobre propiedad intelectual. El régimen general de las operaciones garantizadas será normalmente aplicable a la ejecución de las garantías constituidas sobre propiedad intelectual. En la medida en que la legislación aplicable a la propiedad intelectual de algunos países se ocupa de la ejecución de las garantías constituidas sobre diversas categorías de propiedad intelectual, lo habitual suele ser que dicha legislación haga remisión a la vía ejecutoria prevista por el régimen de las operaciones garantizadas. Por ello, todo Estado que promulgue las recomendaciones de la *Guía* se limitará, por lo general, a sustituir la vía ejecutoria prevista en su código procesal o ley general o especial aplicable de enjuiciamiento civil por la vía ejecutoria recomendada en la *Guía*.

25. La vía ejecutoria recomendada para las garantías reales será aplicable no solo a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual (por ejemplo, sobre una patente, un derecho de autor o una marca comercial), sino también a otros derechos dimanantes de dicha propiedad. Por ello, conforme a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre Cesión de Créditos, las regalías y derechos abonables por concepto de licencia son conceptuados como créditos por cobrar, por lo que les será aplicable la vía ejecutoria recomendada por la *Guía* para la cesión de créditos por cobrar (es decir, cesiones puras y simples, cesiones para fines de garantía y garantías reales sobre créditos por cobrar). De igual modo, todo otro derecho contractual de un licenciante o sublicenciante frente a un licenciatario o sublicenciatario se regirá igualmente por el derecho general de las obligaciones de la ley del foro y la ejecución de las garantías constituidas sobre dichos derechos contractuales se regirá por el régimen general de las operaciones garantizadas de la ley del foro. Por el mismo motivo, el derecho de uso de un licenciatario o sublicenciatario se regirá, al igual que el derecho de uso de un arrendatario o comprador, por el derecho general de las obligaciones de la ley del foro, salvo en lo concerniente a las cuestiones de inscripción registral (si en la legislación aplicable a la propiedad intelectual se ha prescrito algo al respecto).

26. Sucederá a veces que un Estado desee establecer algún control especial de índole procesal sobre la ejecución de las garantías constituidas sobre propiedad intelectual, incorporándolo a la legislación aplicable a la propiedad intelectual. Además, cabe haber previsto en la normativa procesal general del régimen de las operaciones garantizadas alguna vía especial para la ejecución de las garantías constituidas sobre propiedad intelectual. Por ello, la determinación de lo que sea comercialmente razonable al proceder a la ejecución en garantía de un derecho de propiedad intelectual puede depender de la legislación y la práctica en materia de propiedad intelectual. Dicha norma de lo comercialmente razonable variará de un país a otro y de un régimen de la propiedad intelectual a otro. La *Guía* reconoce esta especificidad procesal, por lo que en la medida en que haya alguna regla procesal que se aplique específicamente a las garantías constituidas sobre propiedad intelectual e imponga requisitos procesales más severos que los previstos en las recomendaciones de la *Guía*, dichos requisitos primarán, con arreglo al apartado b) de la recomendación 4, sobre los previstos en las recomendaciones de la *Guía*. Claro está que si los requisitos y las reglas procesales especiales son aplicables también a las garantías reales en bienes que no sean propiedad intelectual, serán desplazados por la vía ejecutoria prevista en las recomendaciones de la *Guía* en todo Estado que promulgue dichas recomendaciones.

27. En cuanto a la legitimación sustantiva de un acreedor garantizado para hacer valer su garantía recurriendo a la vía ejecutoria, cuando un Estado haya adaptado las recomendaciones al respecto de la *Guía*, no será preciso recurrir a principios ejecutorios distintos para hacer valer las garantías constituidas sobre propiedad intelectual. La *Guía* se limita a recomendar una vía ejecutoria más eficiente, transparente y eficaz para hacer valer la garantía del acreedor sin limitar en modo alguno los derechos ejercitables por el propietario de la propiedad intelectual para ampararla contra toda infracción o para cobrar las regalías abonables por un licenciatario o sublicenciatario. Conforme se indicó en la sección del presente Anexo relativa a la constitución de una garantía real (A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.1, párrs. 30 y 33), el acreedor garantizado jamás podrá hacer valer una garantía sobre

un derecho que no sea del otorgante en el momento de procederse a la ejecución de la garantía.

B. Ejecución de la garantía según cuál sea la índole de la propiedad intelectual gravada

28. La *Guía* especifica el régimen aplicable a la ejecución de la garantía real según cuál sea la índole del bien gravado. La *Guía* parte del supuesto de que la vía ejecutoria debe ser lo más eficaz y eficiente posible, sin dejar por ello de amparar conforme proceda los derechos del otorgante de la garantía y de todo tercero interesado. El enfoque adoptado por la *Guía* debe ser adaptable a la ejecución de las garantías constituidas sobre cada una de las categorías de la propiedad intelectual. Actualmente, el derecho interno de la mayoría de los Estados reconoce una variada gama de derechos de propiedad intelectual, pudiéndose citar los siguientes:

a) El derecho de propiedad intelectual en cuanto tal;

b) Los créditos por cobrar nacidos de un acuerdo de licencia;

c) Otros derechos contractuales de un licenciatario nacidos de un acuerdo de licencia;

d) Los derechos del licenciatario nacidos de un acuerdo de licencia;

e) Los derechos invocables por el propietario, el licenciante y el licenciatario de la propiedad intelectual respecto de un bien corporal que la lleve de algún modo incorporada.

29. La vía ejecutoria recomendada por la *Guía*, respecto de cada categoría distinta de propiedad intelectual, será examinada por separado en las secciones siguientes.

C. Toma de "posesión" de la propiedad intelectual gravada

30. El derecho del acreedor garantizado a tomar posesión del bien gravado conforme a lo previsto en las recomendaciones 146 y 147 de la *Guía* no será normalmente aplicable cuando el bien gravado sea un bien inmaterial como pudiera ser la propiedad intelectual (ya que el término "posesión", según la definición de la *Guía*, significa posesión *real*). Estas dos recomendaciones prevén únicamente la toma de posesión de un bien corporal. Ahora bien, a tenor del principio general de la vía ejecutoria extrajudicial, el acreedor garantizado debería estar legitimado para tomar posesión de cualquier documento que pueda ser necesario para hacer valer su garantía real cuando el bien gravado sea propiedad intelectual. Dicho derecho suele estar estipulado en el acuerdo de garantía. Si algún documento es tenido por bien accesorio de la propiedad intelectual gravada, el acreedor deberá poder hacerse con la posesión de dicho documento aun cuando no esté expresamente mencionado, como bien gravado, en el acuerdo de garantía.

31. Cabe pensar que, cuando un acreedor garantizado toma posesión de un bien corporal en cuya producción se utilice propiedad intelectual o que lleve inscrito un programa que sea objeto de propiedad intelectual, dicho acreedor garantizado está tomando posesión también de la propiedad intelectual utilizada o inscrita. Ahora

bien, este no sería el caso, por lo que es importante delimitar adecuadamente el bien efectivamente gravado por la garantía. Aun cuando muchos bienes corporales, ya sean bienes de equipo o existencias comerciales, sean producidos mediante la aplicación de algún derecho intelectual, como pudiera ser una patente, la garantía del acreedor recae sobre el bien corporal y, salvo estipulación expresa al respecto en el acuerdo de garantía, no gravará en modo alguno la propiedad intelectual utilizada en la producción del bien gravado. Por ello, el acreedor garantizado podrá, por ejemplo, tomar posesión de un bien corporal como pudiera ser un disco con una grabación musical o audiovisual y podrá disponer de dicho disco conforme a lo previsto en las recomendaciones de la *Guía*. En todo supuesto en el que un acreedor garantizado desee asimismo obtener una garantía real constituida sobre la propiedad intelectual (si el otorgante de la garantía está legitimado para la venta, disposición o licencia de la propiedad intelectual que se desee gravar, sobre el derecho a venderla, disponer de ella o licenciarla), el acuerdo de garantía que se concierte con el propietario de esa propiedad intelectual deberá mencionar expresamente la propiedad intelectual que se desee gravar.

D. Disposición de la propiedad intelectual gravada

32. Con arreglo a la *Guía*, un acreedor garantizado estará legitimado, a raíz de un incumplimiento del otorgante, para disponer, o para conceder una licencia de la propiedad intelectual gravada, pero sin excederse del alcance de los derechos que tenga el otorgante de la garantía sobre dicha propiedad intelectual. A resultas de ello, si el otorgante es el propietario del derecho gravado, el acreedor garantizado debería, en principio, estar legitimado para ceder, disponer o licenciar la propiedad intelectual sobre la que haya constituido una garantía. Ahora bien, si el otorgante había concedido a un tercero una licencia exclusiva anterior a la garantía real, de incurrir el otorgante en incumplimiento, el acreedor garantizado no podrá conceder otra licencia, dado que el otorgante estaba ya impedido, por su acuerdo de licencia anterior, para conceder nuevas licencias al otorgar la garantía sobre su derecho previamente licenciado (*nemo dat quod non habet).*

33. En el supuesto anterior el acreedor garantizado ejecutor no adquiere, con arreglo a la *Guía*, la propiedad intelectual objeto de la medida ejecutoria, sino que dispondrá de la propiedad intelectual gravada (cediéndola, licenciándola o sublicenciándola) en nombre del otorgante de su garantía. Hasta el momento en que el cesionario o el licenciatario (según sea el caso), que adquiera su derecho a raíz de la medida ejecutoria, haga inscribir un aviso del derecho (u otro documento) así adquirido en el registro pertinente (si el derecho adquirido es inscribible), el otorgante figurará en dicho registro como propietario de la propiedad intelectual gravada.

E. Derechos adquiridos a raíz de un acto de disposición de la propiedad intelectual gravada

34. Con arreglo a la *Guía*, todo derecho que se adquiera sobre propiedad intelectual por decisión judicial se regirá por la ley de dicho foro que sea aplicable a la ejecución de sentencias. De efectuarse un acto de disposición extrajudicial con arreglo a lo previsto en el régimen de las operaciones garantizadas, cabe señalar, en

primer lugar, que el cesionario o licenciatario adquiere su derecho de propiedad intelectual directamente del otorgante de la garantía. El acreedor garantizado que opte por hacer valer su garantía por esta vía no pasa a ser propietario del derecho intelectual gravado en el curso del proceso ejecutorio de su garantía, a menos que el acreedor garantizado adquiera la propiedad intelectual gravada como forma de pago de la obligación garantizada o lo haga en una venta ejecutoria (véanse por ejemplo, las recomendaciones 148 y 156).

35. Cabe señalar, en segundo lugar, que el cesionario o licenciatario habrá adquirido su respectivo derecho en el estado en que se encontraba al constituirse la garantía del acreedor ejecutor. Con arreglo a la *Guía*, el cesionario o el licenciatario adquiriría su derecho libre del gravamen del acreedor garantizado ejecutor y de todo gravamen cuyo rango de prelación sea inferior al del acreedor ejecutor, pero sujeto a todo gravamen cuyo rango de prelación sea superior. Dicha regla se aplicaría igualmente a un acto de disposición extrajudicial que no sea conforme con lo previsto por el régimen de las operaciones garantizadas, con tal de que el cesionario o licenciatario haya obrado de buena fe (véanse las recomendaciones 161 a 163).

36. Conforme al principio general del régimen de las operaciones garantizadas, el acreedor garantizado ejecutor toma el bien gravado en el estado en que estaba al procederse a la ejecución. Por ello, la garantía constituida sobre un bien corporal se extiende y será ejecutable sobre todo bien incorporado al bien gravado (véanse las recomendaciones 21 y 166). Para estar seguros de que la garantía recaerá también a los frutos o productos del bien gravado, el acuerdo de garantía suele estipular expresamente que la garantía se extiende a todo bien fabricado o producido a partir del bien gravado. Cuando el bien gravado sea propiedad intelectual, es importante precisar si el bien del que se hace acto de disposición al cesionario o licenciatario será la mera propiedad intelectual conforme existía al hacerse oponible a la garantía a terceros o si será dicha propiedad intelectual junto con toda mejora subsiguiente (por ejemplo, las mejoras introducidas en una patente). Por lo general, la legislación en materia de propiedad intelectual suele considerar dichas mejoras bienes aparte y no como parte integrante de la propiedad intelectual previamente existente. Por ello, un acreedor garantizado prudente que desee estar seguro de que toda mejora quedará gravada deberá describir el bien gravado en el acuerdo de garantía en términos que estipulen que toda mejora ulterior quedará directamente gravada por la garantía que se esté constituyendo.

F. Propuesta por el acreedor garantizado de aceptar la propiedad intelectual gravada en satisfacción de la deuda

37. Con arreglo al régimen ejecutorio recomendado en la *Guía*, el acreedor garantizado podrá proponer al otorgante que acepte el bien gravado en satisfacción de la obligación garantizada. Si el otorgante es el propietario de la propiedad intelectual gravada, el acreedor garantizado podría pasar a ser propietario de la misma, siempre que el otorgante de la garantía y sus acreedores no tengan nada que objetar (véanse las recomendaciones 156 a 159). Si el propietario del derecho intelectual gravado lo había licenciado a un licenciatario que adquirió sus derechos en virtud del acuerdo de licencia libre de los derechos del acreedor garantizado ejecutor, este habrá de aceptar la propiedad intelectual gravada sujeta a la licencia

que gozará de prelación sobre su garantía, conforme al principio *nemo dat.* Si el acreedor garantizado pasa a ser propietario de la propiedad intelectual gravada, sus derechos y obligaciones se regirán con arreglo a la legislación pertinente en materia de propiedad intelectual. Por ello, para disfrutar de los derechos de un propietario, el acreedor garantizado debería inscribir el derecho adquirido en el registro de la propiedad intelectual pertinente (siempre que tal derecho sea inscribible). Por último, el acreedor garantizado que acepte la propiedad intelectual gravada en satisfacción plena o parcial de la obligación garantizada la adquirirá libre de todo gravamen cuyo rango de prelación sea inferior al de su propia garantía, pero sujeta a toda garantía de rango superior (véase la recomendación 161).

G. Cobro de regalías y otros derechos de licencia

38. Con arreglo a la *Guía*, cuando el bien gravado consista en el derecho a cobrar las regalías u otros derechos abonables en virtud de un acuerdo de licencia, el acreedor garantizado deberá estar facultado para hacer valer su garantía procediendo meramente al cobro de las regalías y derechos abonables a raíz del incumplimiento y de la notificación que se ha de dar a dicho fin al licenciatario o sublicenciatario (véase la recomendación 168). En todos estos casos, las regalías estarán conceptuadas, a efectos del régimen de las operaciones garantizadas, como créditos por cobrar, y los derechos y las obligaciones de las partes se regirán por los principios aplicables a los créditos por cobrar a tenor de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos y de la *Guía* para su incorporación al derecho interno. Al igual que en casos similares, el acreedor garantizado cuya garantía recaiga sobre el pago actual y futuro de las regalías estará únicamente legitimado para hacer valer todo derecho al cobro de regalías que tenga el otorgante (licenciante) en el momento de procederse a la ejecución de la garantía. Además, con sujeción a toda disposición en contrario del derecho sobre propiedad intelectual (véase el apartado b) de la recomendación 4), los derechos del acreedor garantizado a cobrar regalías incluyen el derecho a cobrar o, si no, a hacer ejecutar cualquier derecho personal o real que respalde el pago de las regalías (véase la recomendación 169).

H. Otros derechos contractuales del licenciante

39. Además de su derecho a cobrar las regalías, es probable que el licenciante haya estipulado algún otro derecho contractual en su acuerdo con el licenciatario. Cabe que haya impuesto, por ejemplo, algún límite sobre el derecho del licenciatario a conceder sublicencias o alguna prohibición relativa a toda garantía real otorgada por el licenciatario sobre sus derechos con arreglo al acuerdo de licencia, incluido el derecho a dar por cancelada la licencia si no se cumplen las condiciones estipuladas. La constitución por el licenciante de un gravamen sobre su derecho al cobro de las regalías y la ejecutoriedad de la garantía otorgada no privaría al licenciante de sus demás derechos con arreglo a su acuerdo de licencia o con arreglo a la normativa de la propiedad intelectual por lo demás aplicable. El licenciante seguirá gozando de esos derechos, salvo que los haya cedido a un tercero o que los haya incluido en la descripción del bien gravado por la garantía que esté siendo ejecutada.

I. Ejecución de garantías constituidas sobre bienes corporales que lleven propiedad intelectual incorporada

40. Salvo que sea aplicable la denominada "regla o principio del agotamiento", el propietario del derecho intelectual podrá controlar la modalidad o el lugar de la venta de un bien corporal en cuya producción se haya de hacer uso de propiedad intelectual, con la autorización claro está de su propietario. De mediar la autorización del propietario del derecho de propiedad intelectual utilizado o de estar ya agotado dicho derecho, el acreedor garantizado podrá disponer del bien gravado a raíz del incumplimiento del otorgante de la garantía. En ambos casos, se presume que el acuerdo constitutivo de la garantía sobre el bien corporal no gravaba la propiedad intelectual en sí.

41. La denominada "regla del agotamiento de un derecho intelectual" (denominada a veces "agotamiento del derecho" o "regla de la primera venta") no se interpreta en todas partes por igual y el Anexo hace remisión a dicha regla conforme sea de hecho entendida en el Estado promulgante. No obstante, en aquellos lugares donde se aplica la regla del agotamiento conforme a la legislación en materia de propiedad intelectual, la idea fundamental es que el propietario de la propiedad intelectual perderá todo derecho que retenga sobre dicho bien a raíz de su primera comercialización o venta. Por ejemplo, todo control que retenga el propietario de una marca sobre la venta de los productos que lleven dicha marca suele "agotarse" a raíz de la primera venta de cada producto que lleve la marca. Dicha regla protegerá a todo el que revenda ese producto frente a toda acusación de empleo indebido de la marca. Ahora bien, ha de señalarse que el amparo de la marca se extenderá únicamente a los productos que no se hayan alterado de tal modo que no correspondan ya a los legitimados para llevar la marca. Por ejemplo, un revendedor no podrá, con arreglo a la legislación en materia de propiedad intelectual en algunos Estados, quitar o alterar la marca impuesta a sus productos por el propietario de la marca.

42. En supuestos en los que un producto se ha producido valiéndose de la propiedad intelectual licenciada al otorgante de la garantía, el licenciante podrá haber estipulado que el licenciatario no podrá constituir garantías sobre dichos productos o que el acreedor garantizado que acepte dichos productos en garantía de su crédito solamente podrá hacer valer su garantía conforme a lo estipulado por el licenciante. En ambos casos, el licenciante podrá estipular en el acuerdo de licencia que esta podrá ser cancelada si el otorgante y el acreedor garantizado incumplen lo estipulado en el acuerdo de licencia. Por ello, para hacer valer debidamente sus derechos sobre el producto, el acreedor garantizado tendría, en estos casos, que obtener el consentimiento del propietario-licenciante conforme a lo estipulado en el acuerdo de licencia y en la legislación en materia de propiedad intelectual y, en particular, a reserva de la regla del agotamiento.

43. En los casos en que el acreedor garantizado también desee obtener una garantía sobre la propiedad intelectual incorporada al bien gravado (gravando el derecho a vender o licenciar la propiedad intelectual, si el otorgante goza de estos derechos), será necesario que el acreedor garantizado haga mención explícita, en el acuerdo de garantía con el propietario de la propiedad intelectual, de la propiedad

intelectual como parte integrante del bien gravado. En este caso, el bien gravado no es el producto producido gracias al empleo de cierta propiedad intelectual, sino la propia propiedad intelectual utilizada para su fabricación (o la propia licencia para fabricar bienes corporales mediante el empleo de la propiedad intelectual). Un acreedor garantizado prudente tratará normalmente de obtener una garantía constituida sobre dicha propiedad intelectual si desea poder completar la fabricación de los productos parcialmente acabados.

J. Ejecución de una garantía constituida sobre los derechos de un licenciatario

44. En secciones anteriores se ha partido del supuesto de que el otorgante de la garantía era el propietario de la propiedad intelectual gravada. El bien gravado era o la propiedad intelectual o el derecho del propietario-licenciante a percibir regalías u otros derechos de licencia y su derecho a hacer valer otras estipulaciones contractuales relativas a su propiedad intelectual. Tan solo al examinarse la garantía constituida sobre un bien corporal producido mediante el empleo de propiedad intelectual (sección I) se examinaron conjuntamente los derechos de un propietario-licenciante y los derechos de un licenciatario. Ahora bien, la mayoría de las cuestiones abordadas en las secciones C a H serían igualmente aplicables en supuestos en que el bien gravado no sea la propiedad intelectual en sí sino los derechos de un licenciatario (o sublicenciatario), sobre dicha propiedad nacidos del acuerdo de licencia (o de sublicencia). En los casos en que el bien gravado sea meramente una licencia, el acreedor garantizado podrá únicamente hacer valer su garantía sobre los derechos del licenciatario y deberá respetar lo estipulado en el acuerdo de licencia.

45. En casos en que el otorgante sea un licenciatario, el acreedor garantizado podrá hacer valer su garantía real, a raíz del incumplimiento del otorgante, sobre la licencia y podrá hacer cesión de la licencia a un cesionario, con tal de que el licenciante dé su consentimiento, lo que no suele ser el caso. De igual modo, el acreedor que ejecute su garantía sobre una licencia podrá conceder una sublicencia con tal de que el licenciante dé su consentimiento o de que el acuerdo de licencia hubiera previsto la concesión de sublicencias por parte del otorgante-licenciatario. Si el acreedor garantizado propone a su otorgante-licenciatario aceptar la licencia en satisfacción plena o parcial de la deuda incumplida y el otorgante y todo otro interesado (por ejemplo, el licenciante) no tienen nada que objetar (y el acuerdo de licencia no prohíbe la cesión de la licencia), el acreedor garantizado pasará a ser un licenciatario de conformidad con lo estipulado en el acuerdo de licencia entre el licenciante y el licenciatario. Al igual que un cesionario o licenciatario que adquiera propiedad intelectual a raíz de su disposición por un acreedor garantizado, el licenciatario/acreedor garantizado que acepte la licencia del licenciatario en satisfacción plena o parcial de la obligación asegurada tendrá que inscribir su derecho como licenciatario en el registro pertinente de la propiedad intelectual. Suponiendo que la inscripción de licencias en el registro sea posible en virtud de la legislación en materia de propiedad intelectual, esa inscripción podrá ser condición para la oponibilidad de los derechos del licenciatario o podrá tener una finalidad meramente informativa.

46. Cuando el bien gravado sea el derecho del sublicenciante a cobrar regalías en virtud de su acuerdo de sublicencia, el acreedor garantizado estará legitimado para tratar dicho derecho al cobro como un crédito por cobrar ordinario. Ello significa que el acreedor garantizado podrá cobrar las regalías a las que tenga derecho su otorgante con arreglo al acuerdo de sublicencia a partir del momento en que se proceda a la ejecución de la garantía real sobre dicho crédito por cobrar. Si la ejecución de la garantía sobre el derecho a percibir el cobro de regalías abonables por la sublicencia constituyera un incumplimiento del acuerdo originario de licencia, el acreedor garantizado no estaría legitimado para hacer valer su garantía frente a crédito por cobrar alguno a raíz del incumplimiento de su obligación garantizada.

47. Cuando el bien gravado sea algún otro derecho contractual estipulado en el acuerdo de sublicencia, el acreedor garantizado del sublicenciante podrá hacer valer su garantía sobre dicho derecho contractual al igual que si se tratara de cualquier otro bien gravado, y el hecho de que el licenciante pueda revocar la licencia en el futuro o de que haya hecho valer un crédito con prelación superior al cobro de las regalías de la sublicencia, no tendrá repercusión directa alguna sobre el derecho del acreedor garantizado a hacer valer todo otro derecho contractual enunciado en el acuerdo de licencia que sea objeto de su garantía.

48. Los derechos adquiridos por un cesionario de la licencia, por un sublicenciatario a raíz de un acto de disposición del acreedor garantizado o por un acreedor garantizado que acepte la licencia en satisfacción plena o parcial de la obligación garantizada estarán condicionados por toda limitación estipulada en el acuerdo originario de licencia. Por ejemplo, un licenciatario no exclusivo no podrá reclamar por concepto de la propiedad licenciada contra otro licenciatario no exclusivo de la misma o contra un infractor de la misma. Únicamente el licenciante (o el propietario) podrá presentar dichas reclamaciones, aun cuando en algunos países está previsto que un licenciatario exclusivo se adhiera a la demanda presentada por el licenciante. Además, cabe que, conforme a lo estipulado en el acuerdo de licencia y a la descripción del bien gravado que se dé en el acuerdo de garantía, el cesionario de la licencia no tenga acceso a ciertos datos como pudiera ser el código de acceso a una fuente de origen. A fin de dotar de validez a la licencia transferida o sublicenciada, el acuerdo de garantía deberá mencionar, en la descripción del bien gravado por el otorgante-licenciatario, dichos derechos, en la medida en que el acuerdo de licencia le autorice a gravar también dichos derechos.

(A/CN.9/WG.VI/WP.37/Add.4) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre el proyecto de anexo a la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 15º período de sesiones

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
X.	Ley aplicable a una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual	1-21
	A. Ley aplicable a las cuestiones de propiedad	1-20
	B. Ley aplicable a las cuestiones contractuales	21
XI.	Repercusiones de la insolvencia de un licenciante o un licenciatario de derechos de propiedad intelectual en una garantía real sobre esos derechos en virtud de un acuerdo de licencia	22-40
	A. Generalidades	22-27
	B. Insolvencia del licenciante	28-36
	C. Insolvencia del licenciatario	37-40
	Apéndice	

X. Ley aplicable a una garantía sobre derechos de propiedad intelectual

[*Nota para el Grupo de Trabajo: en relación con los párrafos 1 a 21 véanse A/CN.9/WG.VI/WP.35/Add.1, párrafos 90 a 98, A/CN.9/667, párrafos 124 a 128, A/CN.9/WG.VI/WP.33/Add.1, párrafos 53 a 57, y A/CN.9/649, párrafos 77 a 80.*]

A. Ley aplicable a las cuestiones de propiedad

1. En numerosos Estados la norma de conflicto de leyes que se aplica a las garantías reales también se aplica a las garantías reales en materia de propiedad intelectual. Del mismo modo, las normas de conflicto de leyes recomendadas en la Guía con respecto a las garantías reales sobre activos inmateriales se aplican también a las garantías reales sobre los derechos de propiedad intelectual.

2. Por lo tanto, si un Estado aprueba las recomendaciones de conflicto de leyes de la Guía sin introducir modificación alguna con respecto a la propiedad intelectual, se aplicará la ley del lugar de ubicación del otorgante a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de garantías reales sobre los derechos de propiedad intelectual (véanse las recomendaciones 208 y 218 b)). El lugar de ubicación del otorgante se define como el lugar donde se encuentra su administración central, es decir, la sede real, aunque tal vez no sea la sede legal, del otorgante (véase la recomendación 219). Naturalmente, la recomendación 4 b) se aplicará también y remitirá a cualesquiera reglas jurídicas aplicables del régimen relativo a la propiedad intelectual que se aplique específicamente a la propiedad intelectual.

3. La principal ventaja de adoptar el enfoque de la ley del lugar de ubicación del otorgante consiste en aplicar una sola ley a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de garantías reales. De esta forma, por ejemplo, un acreedor garantizado que obtenga una garantía real sobre todos los activos inmateriales presentes y futuros (en particular los derechos de propiedad intelectual) del otorgante podría obtener una garantía real, oponerla frente a terceros, establecer su prelación y hacerla ejecutar en virtud de la ley de un solo Estado, aun cuando los bienes gravados tuvieran puntos de conexión en varios Estados. En particular se reducirían los gastos de registro y búsqueda en la mayoría de los casos, ya que el acreedor garantizado solamente tendría que registrarse y el encargado de la búsqueda tendría que realizar esta en el Estado en el que se ubica el otorgante. Esto reduciría los gastos de la operación y mejoraría la seguridad jurídica, lo que podría tener efectos positivos sobre la disponibilidad y el costo del crédito.

4. Sin embargo, los convenios internacionales para la protección de la propiedad intelectual suelen adoptar el principio de territorialidad. Por lo tanto, en numerosos Estados la ley aplicable a la titularidad de los derechos de propiedad intelectual es la ley del Estado donde se protege la propiedad intelectual (*lex protectionis*), mientras que la ley aplicable a las cuestiones contractuales es la ley que rige el contrato (*lex contractus*). Por consiguiente, la ley aplicable a la protección de los derechos de propiedad intelectual en cada país (como los derechos comparativos de un titular de derechos de propiedad intelectual en comparación con un licenciatario en un país concreto) es la *lex protectionis*. Un ejemplo que se da con frecuencia es una licencia concedida a una obra protegida por derecho de autor que se transmite habitualmente vía satélite a través de las fronteras nacionales.

5. Si bien existen pocos precedentes sobre la aplicación de la *lex protectionis* a las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual, las normas de conflicto de leyes en materia de garantías reales deben tener presente la *lex protectionis*, cuando no se pueda constituir una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual, no se pueda oponer frente a terceros o no se pueda ejecutar en un país en el que no exista el derecho de propiedad intelectual gravado. Esto es necesario, en particular, en la medida en que, en virtud del régimen relativo a la propiedad intelectual, un acreedor garantizado pueda ser considerado como un cesionario. En cualquier caso, si se adopta un enfoque basado en la ley del lugar de ubicación del otorgante, en el caso de un conflicto de prelación entre una garantía real sobre un derecho de propiedad intelectual y el derecho de propiedad de un cesionario puro y simple del derecho de propiedad intelectual gravado, como las cesiones puras y simples seguirían rigiéndose por la *lex protectionis*, dicho enfoque no remitiría a

una única ley para resolver un conflicto de prelación entre los derechos de un acreedor garantizado y de un cesionario puro y simple.

6. Como ya se ha mencionado anteriormente, para que un acreedor garantizado pueda obtener una garantía real eficaz y ejecutable sobre un derecho de propiedad intelectual en virtud de la legislación de un Estado, ese derecho de propiedad intelectual debe estar contemplado en la legislación de dicho Estado. De esta forma, la ventaja principal de la *lex protectionis* es que, al reconocer el principio de territorialidad adoptado en los convenios internacionales sobre la protección de la propiedad intelectual, la misma ley se aplicaría tanto a las garantías reales como a los derechos de propiedad en materia de propiedad intelectual.

7. No obstante, existen también inconvenientes al aplicar la *lex protectionis* a las garantías reales, especialmente en las operaciones en que los bienes gravados no se circunscriben únicamente a la propiedad intelectual que se utiliza y protege en virtud de la legislación de un único Estado. Las ventajas y los inconvenientes de los dos enfoques mencionados anteriormente pueden ilustrarse con los siguientes ejemplos que abordan por separado cuestiones relativas a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de garantías reales.

8. El titular A de un derecho de propiedad intelectual ubicado en el Estado X constituye, de conformidad con los términos de un único acuerdo de garantía, una garantía real sobre su cartera de patentes, marcas y derechos de autor protegidos en virtud de la legislación de los Estados X e Y en favor del acreedor garantizado AG1 ubicado en el Estado Y. En virtud de la ley del lugar de ubicación del otorgante, es necesario que A y AG1 cumplan los requisitos establecidos en el Estado X para la constitución de su garantía real (es decir, para que surta efecto entre el otorgante y el acreedor garantizado). En virtud de la *lex protectionis*, A y AG1 deberán cumplir los requisitos de la constitución de garantías del Estado X con respecto a los derechos protegidos en virtud de la legislación del Estado X y los requisitos del Estado Y con respecto a los derechos protegidos en virtud de la legislación del Estado Y. Si no cumplen esos requisitos, solo se podrá lograr parcialmente la finalidad del acuerdo de garantía, es decir, la constitución de una garantía real en virtud de la ley del Estado X, pero no se constituirá ninguna garantía real en virtud de la ley del Estado Y.

9. Cuando las diferencias entre las legislaciones de los Estados X e Y con respecto a la constitución de garantías reales solo son formales (como cuando, por ejemplo, el Estado X, que no ha adoptado las recomendaciones de la *Guía*, prescribe más requisitos formales en relación con los acuerdos de garantía que los que prescribe el Estado Y, que ha adoptado las recomendaciones de la *Guía*), esta dificultad puede superarse preparando un acuerdo de garantía que satisfaga los requisitos del Estado cuya legislación sea más rigurosa. Esto también generará costos adicionales en relación con dicha operación. Sin embargo, cuando los Estados X e Y tengan requisitos incompatibles con los requisitos formales, este enfoque será insuficiente. Del mismo modo, cuando el acuerdo contemple múltiples derechos de propiedad intelectual presentes y futuros como activos gravados, no podrán superarse las dificultades si algunos de los Estados pertinentes han adoptado las recomendaciones de la *Guía* (que permite la constitución de garantías reales sobre múltiples activos presentes y futuros en virtud de un único acuerdo de garantía), si bien otros Estados no permiten la constitución de garantías reales sobre activos que todavía no existen, o que aún no son propiedad del otorgante en virtud

de un acuerdo de garantía, ni permiten que se graven múltiples activos en virtud de un único acuerdo. Como la constitución de una garantía real entraña su oponibilidad entre el otorgante y el acreedor garantizado (y no frente a terceros), la política que subyace a la *lex protectionis* no parece establecer la remisión de la constitución de garantías reales a dicha ley.

10. Con el fin de que su garantía real sea oponible a terceros en virtud del enfoque del lugar de ubicación del otorgante, sería suficiente que el acreedor garantizado AG1 cumpliera los requisitos de oponibilidad a terceros del Estado X. Solo será necesario que cualquier posible acreedor del titular A de un derecho de propiedad intelectual consulte el registro pertinente del Estado X. No obstante, en virtud de la *lex protectionis*, será necesario que el acreedor garantizado AG1 cumpla los requisitos de oponibilidad a terceros de los Estados X e Y para oponer a terceros su garantía real sobre derechos de propiedad intelectual en los Estados X e Y. Para ello, es posible que sea necesario presentar múltiples notificaciones referentes a la garantía real en los registros pertinentes de esos Estados, y los posibles acreedores tendrán que realizar consultas en todos esos registros. Naturalmente, este inconveniente podría mitigarse si existiera un registro internacional en el que pudieran inscribirse las notificaciones relativas a las garantías reales cuya oponibilidad a terceros se rige por diferentes legislaciones de distintos Estados. Esta situación se puede complicar aún más por el hecho de que algunos Estados podrían utilizar el registro general de garantías reales para inscribir esas notificaciones, otros Estados podrían ofrecer la posibilidad de utilizar un registro especial, y otros Estados podrían utilizar un registro de propiedad intelectual que sea obligatorio en virtud de la recomendación 4 b). No obstante, si el acreedor garantizado AG1 tiene que inscribir una notificación de su garantía real en un registro de patentes, dicha inscripción solo podrá llevarse a cabo en el registro de patentes del Estado en el que está inscrita la patente. No podrá llevarse a cabo en el registro de patentes del Estado Z en el que la patente no goza de protección.

11. Si el titular A de un derecho de propiedad intelectual constituye otra garantía real sobre su patente y sus marcas protegidas en el Estado Y a favor del acreedor garantizado AG2, se planteará un conflicto de prelación entre las garantías reales de AG1 y AG2 sobre las patentes y marcas protegidas en el Estado Y. En virtud de la ley del lugar de ubicación del otorgante, este conflicto de prelación se regirá por la legislación del Estado en que esté ubicado el otorgante, a saber, el Estado X. No obstante, en virtud de la *lex protectionis*, este conflicto de prelación se regirá por la legislación del Estado Y. Particularmente en situaciones en que la oponibilidad a terceros se determina mediante la inscripción en un registro especial, el Estado en que se ha inscrito el derecho de propiedad intelectual será el Estado cuyo régimen sea el más adecuado para resolver conflictos de prelación.

12. En otro ejemplo se ilustra la manera en que la ley del lugar de ubicación del otorgante se aplicará en caso de múltiples cesiones en una sucesión de títulos, donde el cedente y todos los cesionarios constituyen garantías reales. A, que está ubicado en el Estado X, es titular de una patente en el Estado X. El titular A concede una garantía real sobre una patente al acreedor garantizado AG1. A continuación, A cede la patente a B, que está ubicado en el Estado Y, el cual otorga una garantía real en favor de AG2. La posibilidad de que el cesionario B obtenga la patente sujeta a la garantía real de AG1 vendrá determinada por la ley del Estado X, es decir, la ley del lugar de ubicación del otorgante. Si B adquiere la patente sujeta a la garantía real,

AG2 no adquiere más derechos que los que tenía B. Si B cede la patente a C, que está ubicado en el Estado Z y concede una garantía real a AG3, C y AG3 no adquirirán más derechos que los que tenía B.

13. En el ejemplo mencionado en el párrafo anterior, si el otorgante A está ubicado en el Estado X y la patente está protegida en el Estado Y, la aplicación de la ley del lugar de ubicación del otorgante no permitirá que AG1 obtenga una garantía real oponible con prelación sobre los derechos del cesionario, porque la patente no existe en el Estado X. Únicamente la aplicación de la *lex protectionis* permitirá que AG1 obtenga una garantía real oponible sobre la patente con prelación sobre los derechos del cesionario B.

14. Por último, si el titular A de un derecho de propiedad intelectual hace negocios en los Estados X, Y y Z, y utiliza una marca concreta en virtud de las legislaciones de cada uno de esos Estados, esos derechos de marca pueden tener mayor valor considerados conjuntamente del que tienen por separado, dado que operan de forma colectiva. Por lo tanto, si A concede una garantía real sobre esos derechos de marca, probablemente el acreedor garantizado AG1 prefiera enajenarlos conjuntamente a raíz del incumplimiento de A, porque es probable que esa enajenación le aporte un producto mucho mayor (por lo tanto, también en beneficio de A). Sin embargo, es probable que esto sea difícil o imposible si los Estados X, Y y Z tienen normas distintas sobre la enajenación de los activos gravados que son derechos de propiedad intelectual. Si el Estado X permite la enajenación judicial, mientras que los Estados Y y Z permiten la enajenación extrajudicial por parte del acreedor garantizado, la enajenación de los derechos de marca en una sola operación podría resultar imposible. Sin embargo, aun cuando todos los Estados pertinentes permiten la enajenación extrajudicial, las diferencias en los procedimientos prescritos pueden dar lugar a que la enajenación de los derechos en una sola operación resulte, en el mejor de los casos, poco eficiente.

15. Además, la ejecución de una garantía real no es un acontecimiento aislado, sino más bien una sucesión de actos. Por lo tanto, a raíz de un incumplimiento de A, el acreedor garantizado AG1, ubicado en el Estado Y, podrá notificar a A, ubicado en el Estado X, que ha incurrido en un incumplimiento con respecto a la garantía real sobre su derecho de marca protegido en virtud de la legislación del Estado Z. El acreedor garantizado AG1 podrá anunciar la enajenación del derecho de marca en los Estados X, Y y Z; en efecto, podrá anunciar la enajenación en todo el mundo a través de Internet. El acreedor garantizado podrá identificar a un comprador ubicado en el Estado Z que adquiera el activo gravado en virtud de un contrato que se rige por la legislación del Estado X. En virtud de la *lex protectionis*, será necesario que el acreedor garantizado AG1 ejecute su garantía real sobre la marca protegida en el Estado X de conformidad con la ley del Estado X, su garantía real sobre la marca protegida en el Estado Y de conformidad con la ley del Estado Y, y su garantía real sobre la marca protegida en el Estado Z de conformidad con la ley del Estado Z. En virtud de la ley del lugar de ubicación del otorgante, la ejecución de las garantías reales sobre las marcas se regirán por la ley del Estado en que el otorgante, es decir, A, tenga su administración central. Naturalmente, con independencia del enfoque que se adopte, si el acreedor garantizado AG1 vende las marcas gravadas, el cesionario deberá inscribir sus derechos en el registro de marcas del Estado en que se inscribieron las marcas que gozan de protección, a saber, los Estados X, Y y Z.

16. Sin embargo, otro ejemplo puede ilustrar la importancia del enfoque de la *lex protectionis*. En el ejemplo anterior, es posible que las patentes de A solamente se hayan concedido en el Estado Y, pero no en el Estado X. En virtud de la ley del Estado X (el Estado del lugar de ubicación del otorgante), para que una garantía real sobre una patente sea oponible a terceros deberá inscribirse en el registro nacional de patentes. Si el Estado Y tiene una norma basada en la ley del lugar de ubicación del otorgante (que se refiere a la ley del Estado X) para determinar la oponibilidad a terceros y la prelación de una garantía real, A no podrá conceder a B una garantía real ejecutable y oponible sobre sus patentes en el Estado Y, porque en el Estado X la patente no goza de protección, y no es posible inscribir garantías reales sobre patentes inexistentes. Si el otorgante A estuviera ubicado en el Estado Y, A podría conceder a B esa garantía real, porque la patente existe en el Estado Y, y se puede inscribir una garantía real en el registro de patentes. Este ejemplo pone de manifiesto el hecho de que la propiedad intelectual no existe "en abstracto", sino que es un derecho legítimo garantizado por un determinado ordenamiento jurídico nacional, que debe asegurar necesariamente su reconocimiento y su ejercicio frente a terceros dentro de las fronteras de una jurisdicción nacional.

17. Cuando el otorgante A, ubicado en el Estado X, concede una garantía real sobre una patente inscrita en la oficina nacional de patentes del Estado Y y el otorgante A se declara insolvente, la ley aplicable a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de la garantía real será la ley del Estado X o Y, dependiendo de que se adopte el enfoque de la ley del lugar de ubicación del otorgante o el enfoque de la *lex protectionis* en el Estado del foro. En virtud de la *Guía*, la aplicación de cualesquiera de estas leyes estará sujeta a la *lex fori concursus* en lo que se refiere a las cuestiones como la nulidad, el régimen aplicable a los acreedores garantizados, la clasificación de los créditos o la distribución del producto (véase la recomendación 223). En el supuesto de que el procedimiento de insolvencia se incoe en el Estado X en el que está ubicado el otorgante, la *lex fori concursus* y la ley del lugar de ubicación del otorgante serán leyes de una misma jurisdicción. En caso de que el procedimiento de insolvencia se incoe en otro Estado, donde, por ejemplo, el otorgante posea activos, puede que no suceda lo mismo que el supuesto anterior.

18. Con el fin de combinar la compatibilidad con la ley aplicable a los derechos de propiedad y el beneficio de la aplicación de una única ley a las cuestiones relativas a las garantías reales, la *lex protectionis* podría coordinarse con la ley del lugar de ubicación del otorgante, en el sentido de que la constitución y ejecución de una garantía real podrían regirse por la ley del lugar de ubicación del otorgante, si bien la oponibilidad a terceros y la prelación podrían regirse por la *lex protectionis.*

19. Otras combinaciones de esos dos enfoques podrían ser posibles. Por ejemplo, el enfoque basado en la ley del lugar de ubicación del otorgante podría ser objeto de una excepción a la regla general, en virtud de la cual un conflicto de prelación que afectase a los derechos de un cesionario puro y simple se regiría por la *lex protectionis*. Si se pone en práctica esta excepción a la regla general, un acreedor garantizado tendría que confirmar la prelación de su garantía con arreglo a la *lex protectionis* únicamente en el caso de que hubiera previsto competir con un cesionario puro y simple. En el supuesto habitual de que la consideración más importante fuera la insolvencia del otorgante de la garantía, bastaría con que el acreedor garantizado se hubiera fiado de la ley aplicable en el Estado en donde el

otorgante estuviera ubicado, obrando a este respecto al igual que respecto de otras categorías de activos inmateriales (como los créditos por cobrar). El problema que entraña este enfoque sería que, para asegurar la prelación sobre posibles cesionarios puros y simples, los acreedores garantizados tendrán que confirmar en todo caso la prelación de su garantía con arreglo a la *lex protectionis*.

20. Otra modalidad de esa misma excepción sería la de hacer remisión a la *lex protectionis* únicamente cuando dicha ley haya previsto que la propiedad intelectual pertinente sea inscribible en un registro de propiedad intelectual. Sin embargo, esta modalidad no resultaría satisfactoria para los cesionarios puros y simples de derechos de propiedad intelectual no sujetos al requisito de inscripción con arreglo a la *lex protectionis*. Dichos cesionarios tendrían que consultar la ley de la ubicación del otorgante de una garantía para cerciorarse de que el activo gravado cedido no esté sujeto a una garantía real anterior. Este enfoque no aporta suficiente seguridad jurídica en cuanto a la ley aplicable.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar las siguientes variantes:*

Variante A

El régimen debería prever que la ley aplicable a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de una garantía real constituida sobre derechos de propiedad intelectual sea la ley del Estado [o de la región] donde esos derechos de propiedad intelectual estén protegidos.

Variante B

El régimen debería prever que la ley aplicable a la constitución y ejecución de una garantía real constituida sobre derechos de propiedad intelectual sea la ley del Estado donde el otorgante esté ubicado. No obstante, la ley aplicable a la oponibilidad a terceros y la prelación de una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual será la ley del Estado [o de la región] en donde esos derechos de propiedad intelectual estén protegidos.

Variante C

El régimen debería prever que la ley aplicable a la constitución, oponibilidad a terceros, prelación y ejecución de una garantía real constituida sobre derechos de propiedad intelectual sea la ley del Estado donde el otorgante esté ubicado. No obstante, la ley aplicable a un conflicto de prelación entre la garantía y el derecho de propiedad intelectual de un cesionario o licenciatario será la ley del Estado [o de la región] donde los derechos de propiedad intelectual estén protegidos.]

B. Ley aplicable a las cuestiones contractuales

21. Los derechos y obligaciones recíprocos del otorgante y del acreedor garantizado en lo concerniente a su garantía quedarán normalmente al arbitrio de su autonomía contractual. A falta de una estipulación al respecto de las partes, la ley aplicable a estas cuestiones será la ley por la que se rija el acuerdo de garantía (véase la recomendación 216).

XI. Repercusiones de la insolvencia de un licenciante o un licenciatario de derechos de propiedad intelectual en una garantía real sobre esos derechos en virtud de un acuerdo de licencia

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) preparó la Guía legislativa sobre el régimen de la insolvencia (la "Guía sobre la insolvencia"), que culminó con su aprobación por la CNUDMI el 25 de junio de 2004 y que la Asamblea General hizo suya el 2 de diciembre de 2004. El Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) preparó la Guía legislativa sobre las operaciones garantizadas (la "Guía sobre las operaciones garantizadas"), que culminó con su aprobación por la Comisión el 14 de diciembre de 2007 y que la Asamblea General hizo suya el 11 de diciembre de 2008.*

Durante todo el proceso de preparación de ambas Guías legislativas, los Grupos de Trabajo V y VI trabajaron en estrecha coordinación para que los productos finales fueran no solo compatibles, sino también coherentes entre sí. De hecho, se celebraron dos períodos de sesiones conjuntos de los Grupos de Trabajo V y VI para examinar y resolver cuestiones comunes. Como consecuencia de ello, la Guía sobre la insolvencia y la Guía sobre las operaciones garantizadas son plenamente compatibles.

El mismo proceso de coordinación tuvo lugar entre los Grupos de Trabajo V y VI con respecto a la preparación del proyecto de anexo de la Guía sobre las operaciones garantizadas, que trata la cuestión de las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual. El principio subyacente ha sido el de mantener la integridad de las Guías preparadas anteriormente y proporcionar un texto explicativo cuando fuera necesario en la preparación del proyecto de anexo. El presente documento de trabajo se ha preparado a petición de los Grupos de Trabajo V y VI.

El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si los párrafos 1 a 4 infra (debidamente ajustados y complementados con referencias a otras consideraciones por los Grupos de Trabajo V y VI) deben incluirse en los debates sobre los antecedentes del proyecto de anexo (véase A/CN.9/WG.VI/WP.37, párrafos 1 a 8). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que los antecedentes de la Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas se exponen en un prólogo (y no en el capítulo XII sobre los efectos de la insolvencia en las garantías reales).

1. En su 13º período de sesiones (Nueva York, 19 a 23 de mayo de 2008), el Grupo de Trabajo VI examinó una nota de la Secretaría titulada "Garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual" (A/CN.9/WG.VI/WP.33 y Add.1). Esa nota contenía un breve análisis de cuestiones relacionadas con la insolvencia. En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo decidió volver a examinar esas cuestiones en una ulterior reunión y recomendar a la Comisión que pidiera al Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) que examinara esas cuestiones (véase A/CN.9/649, párrafo 103).

2. En su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008), la Comisión tomó nota de la decisión del Grupo de Trabajo VI y decidió que el Grupo de Trabajo V debía ser informado de las cuestiones relacionadas con las garantías reales sobre derechos de propiedad intelectual que impliquen conexiones con el régimen de la insolvencia e invitó a expresar una opinión preliminar (véase A/63/17, párrafo 326).

3. En su 14º período de sesiones (Viena, 20 a 24 de octubre de 2008), el Grupo de Trabajo VI remitió al Grupo de Trabajo V algunas cuestiones relativas a las repercusiones de la insolvencia en una garantía real sobre propiedad intelectual licenciada (véase A/CN.9/667, párrafos 129 a 143).

4. En su 35º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008), el Grupo de Trabajo V examinó las cuestiones que implicaban conexiones con el régimen de la insolvencia que le fueron remitidas por el Grupo de Trabajo VI para incluirlas en el proyecto de anexo y confirmó que las respuestas que figuran en el cuadro que se encuentra al final del documento A/CN.9/667 reflejan con precisión las repercusiones de la Guía sobre la insolvencia. En ese sentido, se sugirió que esas consideraciones se incluyeran en un comentario que se prepararía ulteriormente. Con respecto a la posibilidad de que un licenciatario, en virtud de un acuerdo de licencia revocado por el representante de la insolvencia del licenciante, pueda ser autorizado, en virtud de algunas leyes, a seguir ejerciendo los derechos previstos en dicho acuerdo a pesar de la revocación, el Grupo de Trabajo convino en que no estaba en condiciones de examinar adecuadamente esta cuestión sin una mejor comprensión del alcance y el ámbito de las cuestiones implicadas, y pidió a la Secretaría que preparase un documento de trabajo, para examinarlo en su próximo período de sesiones, que proporcionara información de antecedentes relativa al debate sobre el régimen aplicable a los contratos celebrado durante la elaboración de la Guía sobre la insolvencia y de las recomendaciones adoptadas. El Grupo de Trabajo V llegó a la misma conclusión con respecto a la cuestión de si un acreedor garantizado podía pedir al representante de la insolvencia del licenciante o al tribunal de la insolvencia que fijara un plazo para que el representante de la insolvencia decidiera si cumplía o revocaba un acuerdo de licencia y convocara una audiencia especial para tratar de resolver cualquier controversia (véase A/CN.9/666, párrafos 112 a 117).]

A. Generalidades

22. Un licenciante o un licenciatario de derechos de propiedad intelectual en virtud de un acuerdo de licencia podrá constituir una garantía real sobre sus derechos previstos en el acuerdo de licencia. Si el otorgante es el licenciante, su acreedor garantizado tendrá por lo general una garantía real sobre el derecho del licenciante a percibir regalías del licenciatario, así como el derecho a ejecutar las condiciones que no sean económicas del acuerdo de licencia y el derecho a revocar el acuerdo de licencia en caso de incumplimiento. Si el licenciatario es el otorgante, su acreedor garantizado tendrá por lo general una garantía real sobre el derecho del licenciatario a ejercer el derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia en virtud del acuerdo de licencia (sin perjuicio de las condiciones pactadas en el acuerdo de licencia), pero no una garantía real sobre el propio derecho de propiedad intelectual. El acreedor garantizado podrá adoptar todas las medidas

necesarias para que esa garantía real sea oponible a terceros (véase Guía sobre las operaciones garantizadas, recomendación 29).

23. El régimen de la insolvencia, sin perjuicio de las acciones de impugnación, respetará en general la eficacia de esas garantías reales (véase Guía sobre la insolvencia, recomendación 88). Del mismo modo, el régimen de la insolvencia, sin perjuicio de cualesquiera excepciones limitadas y claramente establecidas, respetará la prelación de las garantías reales oponibles a terceros (véase Guía sobre las operaciones garantizadas, recomendaciones 238 y 239). Sin embargo, si el licenciante o el licenciatario son objeto de un procedimiento de insolvencia, esto podría tener consecuencias sobre los derechos de las partes en el acuerdo de licencia que tendrían repercusiones en las garantías reales concedidas por el licenciante o por el licenciatario. En el caso de una sucesión de acuerdos de licencia y de sublicencia, la insolvencia de cualquiera de las partes en esa sucesión tendrá consecuencias en otras partes en dicha sucesión de acuerdos y en sus acreedores garantizados (por ejemplo, la insolvencia de una parte que se encuentra en el centro de la sucesión afectará a las sublicencias y los sublicenciantes posteriores, pero no a los anteriores).

24. Al margen de la insolvencia, pueden existir limitaciones legales o contractuales de la capacidad del licenciante y del licenciatario de conceder y ejecutar una garantía real sobre un derecho a percibir el pago de regalías (es decir, un crédito por cobrar). Por lo general, el régimen de las operaciones garantizadas no afectará a las limitaciones legales que no sean principalmente las relativas a los créditos futuros como tales. El régimen de las operaciones garantizadas puede afectar a las limitaciones contractuales (véase Guía sobre las operaciones garantizadas, recomendaciones 18 y 23 a 25). Los efectos, si los hubiere, que puede tener un procedimiento de insolvencia en esas limitaciones de la cesión de créditos que no se contemplan en el régimen de las operaciones garantizadas es una cuestión que se enmarca en el régimen de la insolvencia (véase Guía sobre la insolvencia, recomendaciones 83 a 85).

25. La Guía sobre la insolvencia contiene amplias recomendaciones sobre los efectos de los procedimientos de insolvencia en los contratos con respecto a los cuales tanto el deudor como la otra parte no han cumplido totalmente sus obligaciones en virtud del contrato (véase Guía sobre la insolvencia, recomendaciones 69 a 86). Un acuerdo de licencia podría ser un contrato de este tipo, si ambas partes no lo han cumplido totalmente y el plazo de vigencia del acuerdo no ha vencido (de modo que el licenciante aún no lo ha cumplido). No obstante, un acuerdo de licencia no será un contrato como el que se menciona anteriormente si el licenciatario ha cumplido en su totalidad sus obligaciones mediante un pago anticipado de la totalidad del importe de las regalías que él adeudaba al licenciante, como puede suceder en el caso de un acuerdo de licencia exclusiva, o cuando el licenciante ya no tiene ninguna obligación pendiente. El deudor insolvente podría ser el licenciante (que adeuda al licenciatario el ejercicio del derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia en consonancia con el acuerdo de licencia) o el licenciatario (que adeuda el pago de regalías con la obligación de ejercer el derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia de conformidad con el acuerdo de licencia).

26. En virtud de las recomendaciones de la Guía sobre la insolvencia, el representante de la insolvencia puede mantener o revocar un acuerdo de licencia en su totalidad, siempre que las partes no lo hayan cumplido totalmente (véase Guía sobre la insolvencia, recomendaciones 72 y 73). En el caso de un acuerdo de licencia, el mantenimiento o la revocación del acuerdo por parte del representante de la insolvencia de una de las partes afectará a los derechos de la otra parte. En el caso de una sucesión de acuerdos de licencia y sublicencia, el mantenimiento o la revocación afectará a los derechos de todas las partes posteriores en esa sucesión. Por último, en el caso de los acuerdos de concesión recíproca de licencias (en que un licenciante otorga una licencia, el licenciatario amplía aún más la licencia y otorga una licencia sobre el producto que es objeto de la licencia ampliada al licenciante), el mantenimiento o la revocación afectará a las dos partes como licenciante y como licenciatario.

27. Si el representante de la insolvencia decide mantener un acuerdo de licencia, que ambas partes no han cumplido en su totalidad y que el deudor insolvente (licenciante o licenciatario) ha incumplido, el incumplimiento debe ser subsanado, la parte que no ha incumplido el acuerdo debe ser restituida en la situación económica en que estaba antes del incumplimiento y el representante de la insolvencia debe estar en condiciones de cumplir el acuerdo de licencia (véase Guía sobre la insolvencia, recomendación 79). En este caso, el procedimiento de insolvencia no tendrá ninguna repercusión en la situación jurídica de la garantía real otorgada por el licenciante o el licenciatario. No obstante, si el representante de la insolvencia decide revocar el acuerdo de licencia, tal medida tendrá repercusiones en la garantía real otorgada por el licenciante o el licenciatario (para comprender cabalmente el régimen aplicable a los contratos en los supuestos de insolvencia, se remite al lector al texto de la Guía sobre la insolvencia).

B. Insolvencia del licenciante

28. Si el representante de la insolvencia del licenciante decide mantener un acuerdo de licencia, esto no tendrá repercusiones en la garantía real concedida por el licenciante o el licenciatario. Si el licenciante es el deudor insolvente y ha otorgado una garantía real sobre sus derechos en virtud del acuerdo de licencia, y el representante de la insolvencia del licenciante decide mantener dicho acuerdo, el acuerdo de licencia se mantendrá, el licenciatario seguirá teniendo la obligación de pagar las regalías previstas en el acuerdo de licencia y el acreedor garantizado del licenciante seguirá teniendo una garantía real sobre el pago de esas regalías. En este caso de insolvencia del licenciante, si el licenciatario ha otorgado una garantía real sobre sus derechos en virtud del acuerdo de licencia, el licenciante seguirá teniendo la obligación de facilitar al licenciatario un ejercicio libre de trabas del derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia en virtud del acuerdo de licencia y el acreedor garantizado del licenciatario seguirá teniendo una garantía real sobre los derechos del licenciatario previstos en dicho acuerdo.

29. No obstante, si el representante de la insolvencia del licenciante decide revocar el acuerdo de licencia, tal medida tendrá repercusiones en la garantía real otorgada por el licenciante o el licenciatario. Si el licenciante ha otorgado una garantía real sobre sus derechos en virtud del acuerdo de licencia, este último ya no surtirá efectos, el licenciatario ya no tendrá la obligación de pagar regalías en virtud

del acuerdo de licencia y, por lo tanto, ya no habrá regalías para que el acreedor garantizado del licenciante pueda cumplir la obligación garantizada. En este caso de insolvencia del licenciante, si el licenciatario ha otorgado una garantía real sobre sus derechos en virtud del acuerdo de licencia ya no estará autorizado a ejercer el derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia y su acreedor garantizado perderá su garantía real sobre el activo gravado (es decir, la autorización del licenciatario para ejercer el derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia).

30. En la práctica, un acreedor garantizado que posea una garantía real sobre derechos del licenciante en virtud de un acuerdo de licencia podrá protegerse a sí mismo de las consecuencias de una revocación del acuerdo de licencia por parte del representante de la insolvencia del licenciante mediante, por ejemplo, la obtención (y la oponibilidad a terceros) de una garantía real sobre el propio derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia, además de una garantía real sobre los derechos del licenciante en virtud del acuerdo de licencia (principalmente las regalías). Si el representante de la insolvencia del licenciante revoca el acuerdo de licencia, el acreedor garantizado del licenciante (sin perjuicio de la paralización del procedimiento y cualesquiera otras limitaciones impuestas por el régimen de la insolvencia sobre la ejecución de garantías reales en los procedimientos de insolvencia) podrá ejecutar su garantía real sobre el derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia enajenándolo o celebrando un nuevo acuerdo de licencia con un nuevo licenciatario, similar al acuerdo de licencia que había sido revocado y, por lo tanto, restableciendo el flujo de regalías (véase la recomendación 149 de la Guía sobre las operaciones garantizadas). Los fondos obtenidos de la enajenación del derecho de propiedad intelectual gravado o las regalías percibidas de conformidad con el nuevo acuerdo de licencia se entregarán al acreedor garantizado en cumplimiento de las recomendaciones 152 a 155 de la Guía sobre las operaciones garantizadas. Sin embargo, en la práctica, este arreglo solamente valdría la pena en relación con acuerdos de licencia relevantes.

31. Del mismo modo, un acreedor garantizado que tenga una garantía real sobre los derechos de un licenciatario en virtud de un acuerdo de licencia podrá tratar de protegerse de las consecuencias de una revocación del acuerdo de licencia por parte del representante de la insolvencia del licenciante mediante, por ejemplo, la negativa a conceder el préstamo garantizado salvo que el licenciatario obtenga y oponga frente a terceros una garantía real sobre el derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia para garantizar el ejercicio de los derechos del licenciatario en virtud del acuerdo de licencia. Si el representante de la insolvencia del licenciante revoca el acuerdo de licencia, el licenciatario (sin perjuicio de la paralización del procedimiento y cualesquiera otras limitaciones impuestas por el régimen de la insolvencia sobre la ejecución de garantías reales en los procedimientos de insolvencia) podrá ejecutar la garantía real sobre el propio derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia enajenándolo o celebrando un nuevo acuerdo de licencia con un nuevo licenciante, y los derechos que así se adquieran serán el producto sobre el cual el acreedor garantizado tendría una garantía real. En la práctica, este arreglo solamente valdría la pena en relación con acuerdos de licencia relevantes.

32. Como ya se ha mencionado anteriormente, si al menos una de las partes ha cumplido plenamente sus obligaciones con respecto al acuerdo de licencia, este

acuerdo no estará sujeto a las recomendaciones de la Guía sobre la insolvencia relativas al régimen aplicable a los contratos. Sin embargo, cuando ni el licenciante ni el licenciatario cumplieren plenamente sus obligaciones en virtud del acuerdo de licencia, este acuerdo estaría sujeto a revocación en virtud de dichas recomendaciones. Con el fin de proteger las inversiones a largo plazo de los licenciatarios y siendo conscientes de que un licenciatario puede depender del ejercicio de los derechos previstos en un acuerdo de licencia, algunos Estados han aprobado normas que otorgan una mayor protección al licenciatario (y a su acreedor garantizado) en el caso de un acuerdo de licencia que, de otro modo, estaría sujeto a revocación en un supuesto de insolvencia del licenciante. Esa protección es especialmente significativa cuando existe una sucesión de acuerdos de licencia y sublicencia y, por lo tanto, varias partes podrían verse afectadas por la insolvencia de una de las partes en dicha sucesión.

33. Por ejemplo, algunos Estados otorgan a los licenciatarios el derecho de seguir ejerciendo derechos de propiedad intelectual concedidos mediante licencia a raíz de la revocación del acuerdo de licencia por parte del representante de la insolvencia del licenciante, siempre y cuando el licenciatario siga pagando regalías a la masa de la insolvencia a tenor de lo dispuesto en el acuerdo de licencia y siga cumpliendo las demás obligaciones previstas en dicho acuerdo. La única obligación impuesta sobre la masa de la insolvencia del licenciante como consecuencia de esta norma es la de seguir cumpliendo lo estipulado en la licencia concedida sobre derechos de propiedad intelectual, lo que no resultaría gravoso para la masa de la insolvencia del licenciante. Este enfoque permitiría conciliar el interés del licenciante insolvente en liberarse de cargas impuestas en virtud del acuerdo de licencia con el interés del licenciatario en proteger su inversión en el derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia.

34. En otros Estados, los acuerdos de licencia no pueden estar sujetos a revocación en virtud del régimen de la insolvencia debido a que: a) una norma que excluye los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles de las normas sobre la insolvencia relativas a la revocación en supuestos de insolvencia del arrendador se aplica por analogía a los acuerdos de licencia en supuestos de insolvencia del licenciante; b) los acuerdos de licencia relativos a licencias exclusivas crean derechos de propiedad (derechos reales) que no están sujetos a revocación (pero pueden ser objeto de impugnación); y c) los acuerdos de licencia no se consideran contratos cuyas obligaciones no han sido cumplidas en su totalidad por ambas partes, en la medida en que el licenciante ya ha cumplido sus obligaciones al conceder la licencia. En esos Estados el licenciatario podrá conservar la licencia en la medida en que pague las regalías adeudadas en virtud del acuerdo de licencia.

35. Sin embargo, en otros Estados se pueden revocar los acuerdos de licencia, sin perjuicio de la aplicación del denominado “principio de la abstracción”. En virtud de este principio la licencia no depende de la eficacia del acuerdo de licencia subyacente. Por lo tanto, el licenciatario puede conservar su derecho a ejercer el derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia, aun cuando el representante de la insolvencia del licenciante haya revocado el acuerdo de licencia. No obstante, el representante de la insolvencia del licenciante tiene derecho a retirar la licencia sobre la base del principio del enriquecimiento injusto. Mientras que no se produzca esa retirada, el licenciatario tiene la obligación de pagar por el ejercicio del derecho de propiedad intelectual concedido mediante

licencia, sobre la base del principio del enriquecimiento injusto, una cuantía equivalente a la de las regalías adeudadas en virtud del acuerdo de licencia que había sido revocado.

[*Nota para el Grupo de Trabajo: el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que el párrafo 36 figura entre corchetes, ya que la cuestión que en él se examina no ha sido considerada por el Grupo de Trabajo V.*]

36. [Con el fin de proteger las inversiones a largo plazo y las expectativas de los licenciatarios y de sus acreedores de la capacidad del representante de la insolvencia del licenciante de renegociar los acuerdos de licencia vigentes en el momento en que se inician los procedimientos de insolvencia, los Estados tal vez deseen considerar la posibilidad de aprobar normas similares a las que se describen en los párrafos anteriores. Cualesquiera de esas normas tendrían que tener en cuenta las normas generales del régimen de la insolvencia y los efectos globales en la masa de la insolvencia, así como el régimen relativo a la propiedad intelectual.]

C. Insolvencia del licenciatario

37. Si el licenciatario es el deudor insolvente y ha otorgado una garantía real sobre sus derechos en virtud del acuerdo de licencia y el representante de la insolvencia del licenciatario decide mantener el acuerdo de licencia, dicho acuerdo se mantendrá en vigor, el licenciatario seguirá teniendo derecho, en virtud del acuerdo de licencia, a ejercer el derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia (en la medida indicada en el acuerdo de licencia) y el acreedor garantizado del licenciatario seguirá teniendo una garantía real sobre esos derechos. En este caso, si el licenciante ha otorgado una garantía real sobre su derecho a percibir regalías en virtud del acuerdo de licencia, el acreedor garantizado del licenciante seguirá teniendo una garantía real sobre el derecho del licenciante a percibir esas regalías.

38. Sin embargo, en los casos en que el representante de la insolvencia del licenciatario decida revocar el acuerdo de licencia y el licenciatario haya otorgado una garantía real sobre sus derechos en virtud del acuerdo de licencia, este acuerdo dejará de surtir efectos, el licenciatario ya no tendrá derecho a ejercer los derechos de propiedad intelectual concedidos mediante licencia y el acreedor garantizado del licenciatario no podrá utilizar el valor de los derechos del licenciatario en virtud del acuerdo de licencia para cumplir la obligación garantizada. También en este caso, si el licenciante ha otorgado una garantía real sobre su derecho a percibir regalías en virtud del acuerdo de licencia, el licenciante perderá su flujo de regalías y su acreedor garantizado perderá su activo gravado.

39. Un acreedor garantizado con una garantía real sobre los derechos del licenciante o del licenciatario en virtud del acuerdo de licencia puede tratar de protegerse de las consecuencias de una revocación del acuerdo del licencia por parte del representante de la insolvencia del licenciatario mediante la adopción de medidas comparables a las descritas anteriormente (véanse los párrafos 9 y 10).

40. En caso de insolvencia del licenciatario, es importante asegurarse de que el licenciante perciba sus regalías y el licenciatario cumpla de algún otro modo las obligaciones del acuerdo de licencia, o que el licenciante tenga derecho a revocar el acuerdo de licencia. Las normas del régimen de la insolvencia, como las previstas

para subsanar cualquier incumplimiento del acuerdo de licencia en el supuesto de que este se mantenga (véase el párrafo 6 *supra*), son esenciales. Además, en situaciones en que el licenciatario insolvente ha otorgado una garantía real sobre su derecho a percibir las regalías derivadas de la sublicencia, dichas regalías serán probablemente una fuente de fondos para que el licenciatario pueda pagar las regalías que adeuda al licenciante. Si el acreedor garantizado del licenciatario reclama la totalidad de las regalías y el licenciatario no tiene otro medio para pagar las regalías al licenciante, es esencial que este último tenga derecho a revocar la licencia para proteger sus derechos.

Apéndice

	Licenciante declarado insolvente	*Licenciatario declarado insolvente*
Licenciante que otorga una garantía sobre sus derechos en virtud de un contrato de licencia (básicamente su derecho al cobro de regalías)	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciante o su síndico de la insolvencia opta por seguir cumpliendo el contrato de licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia)[a].	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciatario o su síndico opta por seguir cumpliendo el contrato de licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).
	Respuesta: El licenciatario seguirá obligado a pagar las regalías con arreglo al contrato de licencia y el acreedor garantizado del licenciante retendrá su garantía real tanto sobre el derecho del licenciante a cobrar dichas regalías como sobre el producto de tal derecho, es decir, sobre el cobro de toda regalía que sea abonada.	Respuesta: El licenciante conservará su derecho al cobro de las regalías con arreglo al contrato de licencia, por lo que el acreedor garantizado del licenciante conservará su garantía tanto sobre el derecho del licenciante al cobro de regalías como sobre el producto de tal derecho, es decir, sobre el cobro de toda regalía que sea abonada.
	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciante o su síndico de la insolvencia opta por revocar el contrato de licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciatario o su síndico de la insolvencia opta por revocar el contrato de licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).
	Respuesta: El licenciatario no tendrá la obligación de abonar regalía alguna que hubiera pasado a ser abonable tras la fecha de revocación del contrato de licencia pero deberá pagar toda regalía que fuera ya abonable con anterioridad a la fecha de revocarse la licencia; el acreedor garantizado del licenciante dispondrá de una garantía sobre el derecho al cobro de toda garantía abonable con anterioridad a la revocación del contrato de licencia y sobre las sumas ya abonadas en concepto de regalía, pero no tendrá garantía alguna sobre el derecho al cobro de unas regalías futuras no exigibles a raíz de la revocación de la licencia.	Respuesta: El licenciatario dejará de estar obligado a pagar regalías a raíz de la revocación del contrato de licencia, pero seguirá debiendo toda regalía no abonada que haya vencido con anterioridad a la revocación de la licencia; el acreedor garantizado del licenciante tendrá una garantía real sobre el derecho al cobro de toda regalía vencida con anterioridad a la revocación de la licencia y sobre las sumas abonadas anteriormente por concepto de licencia, pero no tendrá garantía real alguna sobre el cobro de unas regalías futuras no exigibles a raíz de la revocación de la licencia.
Licenciatario que otorga una garantía sobre sus derechos en virtud de un contrato de licencia (básicamente su derecho a ejercer un derecho de propiedad intelectual concedido mediante licencia)	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciante opta por mantener la licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciatario opta por mantener el contrato de licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia).
	Respuesta: El licenciatario retendrá sus derechos con arreglo al contrato de licencia y el acreedor garantizado del licenciatario seguirá teniendo su garantía constituida sobre los derechos licenciados.	Respuesta: El licenciatario retendrá sus derechos con arreglo al contrato de licencia y el acreedor garantizado del licenciante seguirá teniendo su garantía constituida sobre los derechos licenciados.

	Licenciante declarado insolvente	*Licenciatario declarado insolvente*
	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciante o el síndico de su insolvencia opta por revocar el contrato de licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la Guía Legislativa de la CNUMI sobre el Régimen de la Insolvencia). Respuesta: El licenciatario perderá los derechos licenciados respecto de todo período ulterior a la revocación, pero retendrá todo derecho que hubiera adquirido con anterioridad a la revocación; el acreedor garantizado del licenciatario seguirá teniendo una garantía sobre los derechos licenciados al licenciatario respecto de todo período anterior a la revocación de la licencia.	Pregunta: ¿Qué sucederá si el licenciatario o el síndico de su insolvencia opta por revocar el contrato de licencia conforme a lo previsto en el régimen de la insolvencia? (véanse las recomendaciones 69 a 86 de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia). Respuesta: El licenciatario perderá los derechos licenciados respecto de todo período ulterior a la revocación, pero retendrá todo derecho que hubiera adquirido con anterioridad a la revocación; el acreedor garantizado del licenciatario seguirá teniendo una garantía sobre los derechos licenciados al licenciatario respecto de todo período anterior a la revocación de la licencia.

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

V. POSIBLE LABOR FUTURA

A. Posible labor futura en materia de comercio electrónico

(A/CN.9/678) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-5
II.	La utilización de una ventanilla única en operaciones de comercio internacional: consideraciones normativas y cuestiones jurídicas	6-12
III.	Documento general de consulta sobre cuestiones jurídicas referentes al comercio electrónico	13-16

I. Introducción

1. En 2004, tras concluir su labor referente a la Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, el Grupo de Trabajo IV de la CNUDMI (Comercio Electrónico) pidió a la Secretaría que continuara siguiendo de cerca diversas cuestiones relacionadas con el comercio electrónico, inclusive las relativas al reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas, y que publicara los resultados de las investigaciones con miras a formular recomendaciones a la Comisión acerca de si cabría la posibilidad de emprender, en el futuro, una eventual labor sobre esos temas (véase A/CN.9/571, párrafo 12).

2. En su 38º período de sesiones de 2005, la Comisión tomó nota de la labor realizada por otras organizaciones en diversos ámbitos relacionados con el comercio electrónico y pidió a la Secretaría que preparara un estudio más detallado en el que se enunciaran propuestas sobre la forma y la naturaleza de un futuro documento general de consulta en el que se analizarían los diversos elementos necesarios para establecer un marco jurídico favorable al comercio electrónico, que la Comisión tal vez pudiera plantearse elaborar, en el futuro, con el fin de prestar asistencia a los legisladores y autoridades normativas o encargados de formular políticas en todo el mundo[1].

3. En su 39º período de sesiones de 2006, la Comisión estudió una nota que había preparado la Secretaría conforme a lo que la propia Comisión le había pedido (véase A/CN.9/604). En la nota se indicaban posibles elementos de un documento general

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/60/17), párr. 214.

de referencia. En ese período de sesiones, la Comisión pidió a la Secretaría que preparara un modelo de capítulo del documento general de consulta en el que se trataran en concreto las cuestiones relacionadas con la autenticación y el reconocimiento transfronterizo de las firmas electrónicas[2].

4. El modelo de capítulo que la Secretaría preparó conforme a lo solicitado por la Comisión (véase A/CN.9/630 y A/CN.9/630/Add. 1 a Add. 5) fue presentado a esta en su 40º período de sesiones en 2007. Si bien la Comisión elogió a la Secretaría por la preparación del modelo de capítulo y le pidió que lo publicara aparte como documento independiente[3], no estuvo dispuesta a pedir a la Secretaría que emprendiera una labor similar sobre otros temas con miras a la preparación de un documento general de consulta[4].

5. En su 41º período de sesiones de 2008, la Comisión pidió a la Secretaría que continuara observando de cerca la evolución jurídica en lo que respecta a los temas pertinentes, con miras a formular las sugerencias oportunas a su debido tiempo[5]. En consecuencia, la Secretaría ha seguido observando la evolución tecnológica y los nuevos modelos comerciales que han surgido en el campo del comercio electrónico y que pueden repercutir en el comercio internacional.

II. La utilización de una ventanilla única en operaciones de comercio internacional: consideraciones normativas y cuestiones jurídicas

6. Un aspecto que la Secretaría ha estudiado detenidamente es el de las cuestiones jurídicas que se plantean a raíz de la utilización de ventanillas únicas en el comercio internacional. Esta tarea se ajusta a la solicitud que formuló la Comisión, en su 41º período de sesiones, de que la Secretaría, en cooperación con la Organización Mundial de Aduanas (OMA) y con el Centro de las Naciones Unidas para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico (CEFACT) y con la colaboración de expertos, se ocupara activamente del estudio de los aspectos jurídicos que entraña la puesta en práctica de un sistema de ventanilla única transfronteriza con miras a formular un documento general internacional de consulta sobre los aspectos jurídicos que planteara la introducción y la gestión de una ventanilla única, y de que la Secretaría mantuviera informada a la Comisión acerca de la marcha de esa labor[6].

7. La Secretaría estableció el Equipo Jurídico Conjunto OMA-CNUDMI sobre la gestión fronteriza coordinada respecto de la Ventanilla Única Internacional (en adelante, "el Equipo Jurídico Conjunto"). La primera reunión del Equipo Jurídico

---

[2] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 206.

[3] CNUDMI, *Fomento de la confianza en el comercio electrónico: cuestiones jurídicas de la utilización internacional de métodos de autenticación y firma electrónicas* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.09.V.4, febrero de 2009).

[4] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17), párr. 195.

[5] *Ibid.*

[6] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 338.

Conjunto tuvo lugar del 17 al 21 de noviembre de 2008 en la sede de la OMA en Bruselas. Asistieron a la reunión representantes de varios gobiernos y de una organización regional de integración económica, así como representantes del sector. La reunión brindó a los participantes la ocasión de intercambiar por primera vez información con miras a estudiar el camino a seguir. Se hizo referencia al mandato y a los métodos de trabajo de la CNUDMI y de la OMA, así como a los principales instrumentos jurídicos pertinentes, inclusive los textos de la CNUDMI y de la OMA, así como a la recomendación número 33[7] del CEFACT y a la labor preparatoria del proyecto de recomendación Nº 35 del CEFACT[8].

8. En esa reunión se puso de relieve la importancia de que se tomaran plenamente en consideración los principios enunciados en los textos de la CNUDMI sobre comercio electrónico al preparar todo futuro documento jurídico, y de que se fomentara la adopción de textos de la CNUDMI que complementaran la legislación comercial que no entrara en el mandato de la CNUDMI. También se hizo hincapié en la conveniencia de que en el proceso de consultas participaran todos los Estados, independientemente de su nivel de desarrollo tecnológico y económico, a fin de brindarles la oportunidad de dar a conocer sus necesidades y sus opiniones.

9. En la reunión se llegó a un consenso sobre la conveniencia de armonizar en la medida de lo posible el marco jurídico para las ventanillas únicas de modo que fuera aplicable a las operaciones entre empresas. Se señaló que el mandato de facilitación del comercio que tenían la OMA y sus miembros promovía este objetivo. Durante los debates preliminares se determinaron una serie de cuestiones jurídicas pertinentes[9]. No obstante, se consideró que, dado que cada sistema de ventanillas únicas podía plantear distintos problemas jurídicos en función de su estructura, convenía ante todo aclarar las diversas opciones disponibles. Se sugirió que la OMA, con sus conocimientos y su experiencia en materia de gestión de ventanillas únicas, dirigiera ese análisis. Se estimó también que el estudio de las cuestiones jurídicas que planteaban las ventanillas únicas transfronterizas hacía necesario que se examinaran las cuestiones jurídicas relativas a los sistemas nacionales de ventanillas únicas.

10. Los sistemas de ventanillas únicas transfronterizas también son objeto de examen por parte de organizaciones intergubernamentales de ámbito regional, como en la de "cooperación económica en Asia y el Pacífico" (APEC) y en la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN). Además, se invitó a la secretaría de la CNUDMI a participar en el Simposio de alto nivel CESPAP/CEPE sobre el fomento de la capacidad regional en el comercio sin soporte de papel, celebrado en Bangkok los días 24 y 25 de marzo de 2009. Uno de los resultados más importantes del Simposio fue la creación de la Red de expertos de las Naciones Unidas para el comercio sin soporte de papel en Asia y el Pacífico (UN NExT), entre cuyas

[7] CEFACT, *Recommendation and Guidelines on Establishing a Single Window – Recommendation Nº 33,* septiembre de 2004 (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta 05.II.E.9, 2005); su texto puede consultarse en el sitio de Internet www.unece.org/cefact/recommendations/rec33/rec33_trd352e.pdf).

[8] CEFACT, *Establishing a Legal Framework for an International Trade Single Window – Draft Recommendation Nº 35*, febrero de 2009 (Public Review Draft); su texto puede consultarse en la dirección de Internet www.unece.org/cefact/recommendations/rec35/Rec35-PublicReviewDraftv9-Feb09.doc).

[9] Equipo Jurídico Conjunto OMA-CNUDMI, *Possible Legal Research Agenda for the JLTF – Note by the Secretariat* (JLTF107E (a)), párr. 8.

funciones figuraba la de preparar un marco reglamentario para las ventanillas únicas. Es posible que en el futuro se solicite de nuevo la colaboración de la secretaría de la CNUMDI en esta tarea.

11. El número de iniciativas adoptadas en materia de sistemas de ventanilla única da fe de la notable importancia que las autoridades nacionales atribuyen a este instrumento para facilitar el comercio transfronterizo. Además, en un análisis de las prácticas comerciales se ha hecho patente el interés que existe en que se unifiquen las operaciones entre empresas, por una parte, y las operaciones entre empresas y gobiernos y entre gobiernos, por otra, en un único sistema eficaz. Habida cuenta de los adelantos técnicos, ese sistema podría basarse, al menos en cierto grado, en las ventanillas únicas futuras o ya existentes. En este contexto, una amplia utilización de los instrumentos de la CNUDMI relacionados con el comercio electrónico, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005)[10] y las disposiciones pertinentes del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (2008)[11] podría ser de particular utilidad para abordar las necesidades de las empresas, concretamente permitiendo la transferencia electrónica de derechos y documentos que se encontraran en camino, o en el almacén y en la etapa final.

12. En vista de ello, la Comisión tal vez desee confirmar el mandato asignado a la Secretaría de participar en la labor de la OMA, con la colaboración de expertos, y de informar a la Comisión, en su 43º período de sesiones, sobre los progresos realizados. La Comisión tal vez desee también plantearse la convocatoria de un período de sesiones del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) durante el primer semestre de 2010 con objeto de examinar la labor realizada, en materia de ventanillas únicas, por el Equipo Jurídico Conjunto y por otras organizaciones, y también para intercambiar opiniones y formular recomendaciones sobre toda posible labor legislativa en este ámbito y, en particular, en lo que respecta a la transferencia electrónica de derechos y documentos.

III. Documento general de consulta sobre cuestiones jurídicas referentes al comercio electrónico

13. En el 39º período de sesiones de la Comisión se respaldó la opinión de que la tarea de los legisladores y de las autoridades normativas, en particular en los países en desarrollo, podría verse considerablemente facilitada si la Comisión formulara un amplio documento de consulta en el que se abordaran los temas señalados por la Secretaría[12]. Sin embargo, en aquella ocasión no se solicitó que se preparara un documento redactado conforme a las pautas del capítulo modelo que se sometió a examen[13].

---

[10] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta E.07.V.2.

[11] A/RES/63/122, anexo.

[12] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), párr. 205.

[13] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17), párr. 195.

14. Se ha reiterado la opinión de que con un documento de consulta sobre el comercio electrónico se ayudaría considerablemente a los países, en particular a los países en desarrollo, a preparar textos legislativos, inclusive en el contexto de las actividades de asistencia técnica llevadas a cabo por la Secretaría. Ese documento tendría la finalidad de presentar los principios legislativos del comercio electrónico en un marco general y de analizar su aplicación en otros ámbitos del derecho mercantil internacional, por ejemplo, en otros campos de la labor de la CNUDMI. A este respecto, en el documento se tendrían en cuenta algunas solicitudes concretas, como la relativa a un texto de consulta sobre los aspectos comunes al arbitraje y al comercio electrónico. Se sugirió que en ese documento general de consulta se abordaran también temas que aún no se hubieran tratado en el programa de trabajo de la CNUDMI como, por ejemplo, el carácter confidencial y la protección de los datos en el comercio electrónico y la delincuencia en el ámbito informático.

15. La labor sobre ese documento general de consulta podría emprenderse independientemente de la que se derivara de los sistemas de ventanillas únicas o de otras tareas legislativas solicitadas por la Comisión en el ámbito del comercio electrónico, y prevería además una amplia cooperación con otros grupos de trabajo de la CNUDMI, con otras organizaciones intergubernamentales encargadas de preparar normas legislativas y con expertos, a fin de ofrecer un panorama general de las cuestiones de actualidad que guardan relación con el uso de medios electrónicos en el comercio internacional.

16. Al estudiar la conveniencia de emprender esa labor, la Comisión tal vez desee analizar la forma en que el documento sugerido podría repercutir en los problemas de los países en desarrollo a raíz de la era digital. A este respecto se recordó que el Objetivo 8 de Desarrollo del Milenio y, en particular, el Subobjetivo 8.F, consiste en que las ventajas de las nuevas tecnologías lleguen a un mayor número de beneficiarios.

B. Posible labor futura en materia de comercio electrónico: recomendaciones sobre la labor futura del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) presentadas por los Estados Unidos de América

(A/CN.9/981 y Add. 1 y 2) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

I. Introducción 1

II. Recomendaciones sobre la labor futura del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) 2-7

I. Introducción

1. En preparación del 42º período de sesiones de la CNUDMI, el Gobierno de los Estados Unidos de América ha presentado a la Secretaría recomendaciones sobre la posible labor futura en cuestiones de comercio electrónico, así como una propuesta relativa a los documentos electrónicos transferibles y una propuesta sobre la solución de controversias por vía informática. Estas recomendaciones y propuestas se han reproducido en la forma en que las ha recibido la Secretaría en los documentos A/CN.9/681, A/CN.9/681/Add.1 y A/CN.9/681/Add.2, respectivamente.

II. Recomendaciones sobre la labor futura del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico)

2. El Gobierno de los Estados Unidos acoge con satisfacción la nota de la Secretaría (A/CN.9/678) titulada "Posible labor futura en materia de comercio electrónico", y ha dividido sus recomendaciones en dos partes: 1) en la primera parte se recomienda a la Secretaría que elabore un nuevo estudio para ampliar la labor ya autorizada como se señala en la sección II del documento A/CN.9/678 (la utilización de una ventanilla única en el comercio internacional), y 2) en la segunda parte también se recomienda la redacción de un nuevo estudio sobre la viabilidad de la labor en materia de solución de controversias por vía electrónica. Además, 3) los Estados Unidos están dispuestos a apoyar la continuación de la labor relativa al "documento general de consulta" sobre la base de la especificación de los temas que se estudiarían y de una lista de cuestiones sobre temas recomendados, de modo que se pueda hacer una selección apropiada para dicha labor.

3. En lo que respecta a la sección II arriba mencionada, los Estados Unidos observan que la Comisión ya autorizó en su momento que se procediera a examinar el desarrollo de un sistema estructurado de mensajes electrónicos en apoyo del

comercio de importación y exportación de bienes en lo referente a cuestiones como los procedimientos aduaneros electrónicos, la gestión de la carga, los seguros, la financiación y la entrega de mercancías y sobre cuestiones conexas en el marco de los sistemas propuestos de "ventanilla única". Los Estados Unidos proponían también a la Comisión que fomentara la infraestructura jurídica para la transferibilidad por vía electrónica de las mercancías en tránsito. Estos temas se presentaron en el contexto de la labor que actualmente se lleva a cabo en varios organismos internacionales, sobre todo en el marco del proyecto "ventanilla única" de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) y de la labor conexa de otros órganos y organizaciones, como la Comisión de las Naciones Unidas para Europa (CEPE), la Comisión Económica y Social de las Naciones Unidas para Asia y el Pacífico (CESPAP), la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN), y otras instituciones. La nota presentada por la Secretaría a la Comisión en su 41º período de sesiones en julio de 2008 (A/CN.9/655) sigue siendo un estudio muy útil sobre los tipos de problemas que plantean los proyectos de "ventanillas únicas".

4. Al mismo tiempo, se preveía que el Grupo de Trabajo IV emprendería su labor a raíz de los progresos realizados sobre las ventanillas únicas en la OMA. Esta labor se encuentra todavía en una fase preliminar y aún no se ha fijado el calendario definitivo para esa actividad. Por consiguiente, los Estados Unidos, basándose en las consultas mantenidas, recomiendan que se autorice a la Secretaría a:

1) Seguir supervisando los progresos de la OMA con el fin de determinar si el proyecto marco de esa Organización podría examinarse en detalle en una reunión del Grupo de Trabajo en primavera de 2010;

2) Evaluar las cuestiones generales que plantea el comercio electrónico en relación con los progresos en el tema de las ventanillas únicas que pudieran beneficiar a otros órganos o países que trataran de poner en práctica esos sistemas;

3) Estudiar si sería posible preparar normas jurídicas sobre la transferibilidad electrónica de derechos sobre mercancías en tránsito en el marco de un sistema de "ventanilla única" o al margen de él, además de examinar las cuestiones jurídicas que plantean los sistemas de transferibilidad como, por ejemplo, el anterior sistema europeo "Bolero" y otras iniciativas de esa índole; y

4) Estudiar si es posible elaborar normas jurídicas sobre los documentos electrónicos para conocimientos de embarque, cartas de crédito, seguros y otras actividades comerciales y de transporte de mercancías.

5. A efectos de estudiar todas estas cuestiones, convendría remitirse a la propuesta anterior de los Estados Unidos, que se distribuyó en el 41º período de sesiones de la Comisión, como documento de interés para el proyecto de ventanillas únicas de la OMA relativo a la transferibilidad de derechos por vía electrónica (véase el documento A/CN.9/XLI/CRP.4, de 19 de junio de 2008). Esa propuesta se presenta de nuevo a la Comisión, a título de referencia, en su 42º período de sesiones (A/CN.9/681/Add.1). Además de los documentos relacionados con la OMA, habría que consultar la documentación y los proyectos que han concluido o que llevan a cabo órganos u organizaciones como la CEPE, el Centro para la Facilitación de los Procedimientos y Prácticas para la Administración, el Comercio y el Transporte (CEFACT), la CESPAP, la ASEAN, la UNCTAD y otras

instituciones. También serían de interés los proyectos regionales sobre comercio electrónico elaborados por la OEA en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-VII) sobre los registros electrónicos. En estas evaluaciones deberían intervenir expertos del Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte), habida cuenta de las disposiciones relativas a los documentos electrónicos que figuran en el reciente Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, que se conocerá como "las Reglas de Rotterdam".

6. Además, los Estados Unidos se adhieren a las sugerencias formuladas por la Secretaría en la sección III del documento A/CN.9/678 relativa al "documento general de consulta sobre cuestiones jurídicas referentes al comercio electrónico". La Comisión debería seleccionar los temas que se analizarían en ese estudio, para lo cual la Secretaría podría presentar breves descripciones de los temas y cuestiones que cabría tratar, tal vez empezando con temas seleccionados del documento A/CN.9/604 presentándolos en la sesión plenaria.

7. Los Estados Unidos recomiendan que se autorice a la Secretaría a preparar esos estudios y esa información de fondo en la medida en que disponga del personal requerido. La tercera recomendación de los Estados Unidos, relativa a la viabilidad de la labor sobre la solución de controversias por vía informática, se presenta en un documento adjunto.

A/CN.9/681/Add.1 (Original: inglés)

Posible labor futura en materia de comercio electrónico: propuesta de los Estados Unidos de América sobre los documentos electrónicos transferibles

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
1.	Aplicación sectorial	6-9
2.	Objeto de la propuesta: los documentos electrónicos transferibles	10-13
3.	Problemas que plantean los documentos electrónicos transferibles	14-16
4.	Sustitución del concepto de "posesión" por el de "control"	17-18
	a) Establecimiento del control	19-20
	b) ¿Cómo se puede determinar de manera fiable, a través de un sistema, la identidad de la persona que ejerce el control?	21-22
5.	Empleo de la "designación" para cumplir con el requisito de la "singularidad"	23-24
6.	Labor ya efectuada	25-28
7.	Recomendaciones acerca de la labor que cabe esperar de la Comisión	29

---

1. Las condiciones actuales del comercio internacional ofrecen a las empresas la notable oportunidad de incrementar en gran medida su eficiencia y su productividad pasando a utilizar documentos electrónicos transferibles, es decir, títulos electrónicos transferibles (negociables y no negociables) y documentos electrónicos de titularidad. A medida que las empresas vayan adaptándose a las capacidades que les brindan las nuevas tecnologías, irá aumentando la necesidad de recurrir a documentos transferibles que sean compatibles con esos métodos comerciales.

2. No obstante, este campo jurídico sigue sin regularse. Ocurre sencillamente que no existe un amplio consenso internacional sobre cómo proceder para establecer sistemas que respalden documentos electrónicos transferibles jurídicamente fiables. Además, tampoco existe una amplia convergencia de opiniones acerca de los métodos mediante los cuales puedan establecerse documentos electrónicos transferibles, ni sobre los problemas jurídicos y los riesgos que entrañaría la introducción de ese cambio. Por ejemplo, aún no se ha llegado a un acuerdo sobre el modo de regular los derechos de los terceros. Si la CNUDMI hiciera progresos al respecto, realizaría una de las más importantes contribuciones que pueda hacerse al fomento del comercio electrónico.

3. En diciembre de 2000, la Secretaría preparó un documento para el Grupo de Trabajo IV titulado **"Posible futura misión sobre el comercio electrónico: transferencia de derechos sobre bienes corporales y otros derechos"** (A/CN.9/WG.IV/WP.90) [1]. Este documento fue preparado en previsión de la conclusión de su labor sobre la **Ley Modelo sobre las Firmas Electrónicas,** de 2001[2], y en él se especificaban y explicaban muchas cuestiones que plantea este tema. La Comisión decidió en primer lugar recomendar al Grupo de Trabajo IV el examen de cuestiones fundamentales relativas a la contratación electrónica, tras lo cual el Grupo de Trabajo procedió a llevar a cabo el proyecto de formular la **Convención sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales**[3], que se finalizó en 2005.

4. Se han registrado algunos progresos en el desarrollo de aplicaciones específicas de los documentos electrónicos transferibles. La Comisión ha elaborado el **Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo**[4], en el que se regulan algunos aspectos de los documentos electrónicos transferibles en ese contexto. En nuestra propuesta se citan también otros ejemplos internacionales de actividades de regulación de documentos electrónicos transferibles. Se citan ejemplos de ámbito nacional consistentes en la práctica seguida en los Estados Unidos, simplemente para iniciar el debate al respecto. Si la Comisión autorizara a la Secretaría a ampliar su labor, se incluirían también ejemplos de otros Estados y regiones y sus respectivas experiencias.

5. Ante el éxito que ha logrado la CNUDMI sentando las bases jurídicas mundiales y el vocabulario pertinente en lo relativo a las cuestiones fundamentales de las firmas electrónicas y de la contratación electrónica, consideramos que ha llegado el momento de que la CNUDMI ponga en práctica sus notables conocimientos especializados ocupándose de una gama más amplia de aplicaciones del comercio electrónico y que, en consecuencia, regule las cuestiones equivalentes que se plantean sobre el marco jurídico mundial de los documentos electrónicos transferibles.

1. Aplicación sectorial

6. En el presente documento se enuncian brevemente algunos principios y algunas consideraciones fundamentales sobre la transferibilidad electrónica que tal vez la Comisión considere oportuno abordar en un futuro proyecto. Esos principios servirán de base para una amplia gama de aplicaciones. Además, la CNUDMI tal vez desee ayudar a los sectores a comprender las maneras óptimas de abordar el tema de los documentos electrónicos transferibles, de modo que sean acordes con sus necesidades.

---

[1] Disponible en www.uncitral.org/uncitral/en/commission/working_groups/4Electronic_Commerce.html.

[2] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8, disponible en www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_signatures.html.

[3] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.07.V.2, disponible en www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2005Convention.html.

[4] Resolución A/RES/63/122 de la Asamblea General, disponible en www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/transport_goods/2008rotterdam_rules.html.

7. Es importante tener presente que las aplicaciones de los documentos electrónicos transferibles variarán de un sector a otro y, posiblemente, también entre los sectores y las aplicaciones comerciales, ya que cada aplicación implica un conjunto distinto de partes, ramos o sectores, tecnologías y estructuras de sistemas con sus consiguientes riesgos respectivos. Este ha sido siempre el caso en los sistemas que han dado buen resultado. Efectivamente, en los propios cheques tradicionales sobre papel se utiliza una combinación de "apoyos" (el título negociable) y de "registros" (por ejemplo, la cuenta bancaria). Estos términos se describen más abajo.

8. Los documentos electrónicos transferibles pueden tener, por ejemplo, distintos requisitos en función de su aplicación, según se trate de la autenticación, la seguridad, el acceso de terceros, la conversión de formato electrónico a formato sobre papel (y viceversa), las limitaciones de costos de los sistemas, el importe, el volumen y la capacidad de evolución de las operaciones, la movilidad, la negociabilidad, las capacidades de las partes, el procesamiento automatizado de las operaciones, el respeto de los plazos y el carácter definitivo de una operación, los registros únicos frente a los registros múltiples (y la compatibilidad y las transferencias entre sistemas), el riesgo de fraude y los problemas probatorios y normativos. Al abordar estos factores, muchos sectores confiarán en gran medida en las reglas de sistemas privados, y al mismo tiempo, en la legislación pertinente que regule aspectos como los derechos reales de los terceros.

9. Estos distintos requisitos sirven para poner de relieve la necesidad de aclarar las consideraciones fundamentales en este campo, así como de racionalizar los enfoques para resolver problemas concretos. Así pues, consideramos que el Grupo de Trabajo debería centrarse ante todo en los problemas y enfoques comunes para el establecimiento de un sistema viable de documentos electrónicos transferibles. Debería formular principios y consideraciones fundamentales que fueran comunes para todos los sistemas singulares de introducción de tales documentos, y ofrecer un medio para que se abordaran adecuadamente las necesidades específicas de cada sistema. A continuación, el Grupo de Trabajo puede afinar y perfeccionar estos principios, en función de los sectores a los que se apliquen.

2. Objeto de la propuesta: los documentos electrónicos transferibles

10. A los efectos del presente documento y conforme se ha hecho en algunas legislaciones para evitar los distintos sentidos dados a los términos empleados en prácticas anteriores, cabe considerar el **documento electrónico transferible** un equivalente electrónico de un título transferible (negociable o no negociable) o de un documento transferible.

- **Los títulos transferibles** son títulos financieros que permiten transferir un título a personas que no sean partes en una determinada operación. Los títulos transferibles pueden contener una promesa incondicional de pagar una cantidad fija de dinero al tenedor del título, o una orden para un tercero de pagar a dicho tenedor. Como ejemplos de títulos transferibles cabe mencionar los pagarés, las letras de cambio, los cheques y los certificados de depósito. También pueden incluir documentos sobre bienes mobiliarios (chattel paper) (por ejemplo, contratos de venta a plazos al por menor, pagarés respaldados

por una garantía sobre bienes personales y arrendamientos de bienes de equipo).

- **Los documentos transferibles**, denominados también documentos de titularidad, incluyen los documentos de transporte, los conocimientos de embarque, los resguardos de almacén de depósitos en muelle, los resguardos de muelle, los recibos o resguardos de almacén o las órdenes de entrega de mercancías, y también todo otro documento que se considere que, en el curso ordinario de los negocios o de la financiación, constituye una prueba fehaciente de que la persona que está en su posesión tiene derecho a recibir y conservar el documento y las mercancías a que se refiera y a enajenarlas (a reserva de las excepciones que quepa oponer a la ejecución del documento).
- **Títulos y documentos negociables**. Los títulos y documentos negociables constituyen un subconjunto de títulos y documentos para los cuales el cesionario puede, en determinadas circunstancias, obtener mejores condiciones de titularidad que el cedente. Ello permite que el título o el documento puedan ser objeto de una transferencia comercial independientemente de la obligación del caso, acerca de la cual tal vez no pueda obtenerse información debido al carácter remoto de la operación pertinente.

11. En la actualidad, tanto los títulos transferibles como los documentos transferibles existen normalmente como documentos sobre papel (y ambas categorías se denominan "documentos de papel transferibles"). Cada uno de estos tipos de documentos sobre papel da fe de la obligación que tiene el emisor del documento sobre papel frente a otra persona cuyo nombre se consigne en el documento de papel. Por ejemplo, un pagaré da fe de la obligación de reembolsar una deuda. Un recibo de almacén negociable impone al encargado del almacén la obligación de entregar al propietario del recibo las mercancías almacenadas en su establecimiento.

12. Los documentos de papel transferibles materializan las obligaciones que representan; es decir, la entrega física al cesionario del documento de papel en sí, junto con la declaración firmada del cedente en que especifica su intención de transferir (ya sea escrita en el documento o adjuntada a él), puede constituir la prueba del derecho del cesionario a hacer cumplir la obligación pertinente. Dicho de otro modo, la titularidad de los documentos de papel transferibles (y los derechos que entraña) se transmite mediante el endoso y la entrega del documento de papel original, y el cesionario que actúe de buena fe y aportando una contraprestación onerosa puede adquirir la titularidad *erga omnes*, a reserva de las excepciones pertinentes.

13. Así pues, hay que destacar tres características de los documentos de papel transferibles: 1) su **singularidad**, es decir, que debe haber un único documento (o apoyo) singular que represente el valor inherente que tenga el documento de papel transferible y que pueda transferirse a un cesionario; 2) la **posesión**, es decir, la posesión del documento (o apoyo) singular es lo que se utiliza para determinar quién tiene derecho a percibir el valor en él especificado; y 3) la **propiedad**, es decir, el tenedor debe tener una titularidad válida sobre el instrumento, circunstancia que a menudo se indica mediante una firma o un endoso.

3. Problemas que plantean los documentos electrónicos transferibles

14. Uno de los problemas más importantes que se plantean al actualizar o al adaptar los regímenes legales de los documentos sobre papel transferibles para dar cabida en ellos a los documentos electrónicos transferibles es la necesidad de preservar la singularidad del documento (o del apoyo) que represente el valor/obligación, así como la identificación de la persona que se considere que está en posesión de tal documento y que, por consiguiente, sea el propietario del valor que representa. La evolución de la situación actual puede dar a entender que existen soluciones distintas de aquellas a las que se dio prioridad en las primeras fases del comercio electrónico.

15. Un documento electrónico, aunque esté firmado electrónicamente, puede generalmente copiarse, en varias partes, de modo tal que el resultado sea un documento idéntico al primero e indiferenciable de este. Así pues, en ausencia de medidas especiales o de una aplicación muy extendida de tecnologías que actualmente aún se utilizan poco, hay poca certidumbre de que un documento electrónico sea singular. Además, muchos de los métodos actualmente empleados para crear y almacenar documentos electrónicos hacen que el concepto de "original" singular o bien no resulte pertinente o bien induzca a error. Por ejemplo, a menudo los documentos electrónicos se almacenan en forma de ficheros dinámicos, lo cual significa que el documento al que se tiene acceso o que se consulta se compone de hecho de un conjunto de datos, que caracterizan la operación, y de un modelo de documento que puede reproducirse con los datos provenientes del conjunto de datos y utilizarse para realizar miles de operaciones. El documento "completo" no existe como fichero único hasta que se tiene acceso a él, y sus elementos constitutivos solo se reagrupan a la hora de consultarlo o de imprimirlo. Una vez realizadas estas operaciones, el documento "completo" deja de existir.

16. Si bien en el pasado esas preocupaciones plantearon un difícil problema a la hora de crear un marco jurídico para regir los documentos electrónicos transferibles, recientes enfoques (como los registros, las disposiciones sobre las indemnizaciones y cuestiones similares) han dado paso a posibles soluciones. Por ejemplo, las dificultades para lograr el carácter singular de un documento requieren no solo que se resuelvan problemas de orden tecnológico, sino que además es preciso que algunos sectores tengan también un amplio acceso a la aplicación de las tecnologías pertinentes y que puedan utilizarlas a un costo comercialmente aceptable. Los progresos recientemente realizados en el almacenamiento y la recuperación de datos a un costo inferior al de épocas anteriores hacen que los registros electrónicos resulten más accesibles y que con ellos se pueda tal vez evitar la necesidad de lograr la singularidad a bajo costo.

4. Sustitución del concepto de "posesión" por el de "control"

17. En algunos modelos jurídicos de documentos transferibles se emplea, en vez del concepto de posesión de un documento electrónico, el de control de dicho tipo de documento. Concretamente, el control viene a sustituir la entrega, el endoso y la posesión de un pagaré o de un documento de titularidad que sean transferibles.

18. En el contexto de los documentos sobre papel, se exige por lo general la posesión de un documento transferible a fin de que el titular tenga derecho a valerse del documento. La finalidad del requisito de la posesión es proteger al creador o al

librador de una responsabilidad múltiple respecto del mismo título. La posesión reviste importancia no solo porque los soportes de papel corporales tienen valor de por sí, sino también porque solo una persona puede estar en posesión de un objeto corporal en un momento dado. Si puede establecerse un sistema informático para impedir reclamaciones de propiedad respecto de un documento electrónico transferible por parte de más de una persona al mismo tiempo, tal vez ya no resulte necesario exigir el requisito de su posesión.

a) Establecimiento del control

19. Con frecuencia, en los ordenamientos jurídicos en que se utiliza el "control" en sustitución de la "posesión" se reconoce expresamente que los requisitos del control pueden quedar satisfechos mediante la utilización de un sistema de registro en que un tercero confíe. En los Estados Unidos se ha señalado que el sistema consistente en recurrir a un registro a cargo de un tercero es probablemente *la forma más eficaz* de cumplir los requisitos de control, quedando entendido que el documento transferible no perdía su carácter singular, era identificable e inalterable, y que al mismo tiempo ofrecía la seguridad de que se indicaba e identificaba claramente al cesionario[5]. Sin embargo, tal vez sea posible cumplir el mismo objetivo aplicando métodos tecnológicos.

20. Dado que el concepto de control se ha considerado, en el mundo de las comunicaciones sobre papel, un sustituto del requisito de la posesión, tal "control" se define normalmente de un modo en que se pone de relieve la identidad de la persona habilitada para ejecutar un documento transferible. Por ejemplo, en virtud de la legislación de los Estados Unidos, se entiende que una persona ejerce el control sobre un documento transferible si un sistema utilizado para certificar la transferencia de derechos sobre un documento transferible prueba fehacientemente que dicha persona es aquella a favor de la cual se ha emitido el documento transferible o a la cual se ha transferido dicho documento[6]. Lo esencial es demostrar que el sistema determina de manera fiable la identidad de la persona habilitada para recibir el pago o la entrega de las mercancías, ya sea mediante un registro a cargo de un tercero o a través de salvaguardias tecnológicas[7].

b) ¿Cómo se puede determinar de manera fiable, a través de un sistema, la identidad de la persona que ejerce el control?

21. En general se han propuesto dos enfoques fundamentales para determinar la identidad de la persona a favor de la cual se haya emitido un documento transferible o a la cual se haya transferido dicho documento.

i) Persona identificada en el documento electrónico transferible propiamente dicho (modelo de apoyo)

Según el primer enfoque (el modelo de apoyo), la identidad del propietario del documento electrónico transferible figura en el documento electrónico propiamente dicho, y los cambios en la propiedad (por ejemplo, las cesiones) se consignan

[5] Uniform Electronic Transactions Act (UETA) (Ley modelo sobre las operaciones electrónicas), artículo 16, comentario oficial núm. 3 (en el texto sin cursiva).
[6] UETA, párr. 16 b); 15 U.S.C., párr. 7021 b).
[7] UETA, art. 16, comentario oficial núm. 3.

directamente en el documento electrónico transferible. Conforme a este enfoque, para determinar de manera fiable la identidad del propietario del documento electrónico transferible, es preciso que el sistema mantenga un minucioso control del documento electrónico propiamente dicho, así como del proceso de transferencias de control. En otras palabras, al igual que con los documentos de papel transferibles, puede ser necesario establecer garantías de seguridad o salvaguardias para asegurar la existencia de una "única copia fehaciente" que sea singular, que no pueda copiarse ni alterarse[8], y a la que quepa remitirse para determinar la identidad del titular (así como los términos de la nota propiamente dicha). Para lograr este objetivo puede resultar también conveniente identificar todas las otras copias del documento electrónico transferible que no sean "fehacientes", a fin de cerciorarse de que no puedan utilizarse con fines fraudulentos o impropios (por ejemplo, para impedir que se transfieran copias a varios adquirentes que actúen de buena fe y sin la menor sospecha). De otro modo, incluso las copias exactas del documento electrónico transferible podrían entrañar riesgos. Así pues, en este tipo de sistema se da muchas veces máxima prioridad a la seguridad de la copia única del documento electrónico transferible.

ii) Persona identificada en un registro separado (modelo de registro)

Conforme al segundo enfoque (el modelo de registro), la identidad del documento electrónico transferible se consigna en un registro distinto que está a cargo de un tercero independiente. Con este enfoque, para "determinar fiablemente la identidad" del titular del documento electrónico transferible, es preciso controlar minuciosamente el registro, con lo que la singularidad de la copia del documento electrónico transferible en sí pierde importancia. En el documento electrónico transferible se menciona meramente el registro en el que puede encontrarse la identidad del titular, que permanece invariable con el tiempo.

22. Si se adopta este enfoque, no se plantea necesariamente la cuestión de la multiplicidad de copias exactas del documento electrónico transferible, dado que la propiedad no viene determinada por la posesión de la copia propiamente dicha y la transferencia no implica ni la modificación ni el endoso de dichas copias[9]. Lo fundamental en lo que respecta a las copias del documento electrónico transferible es que exista un mecanismo que permita determinar si una copia concreta es exacta (es decir, si su integridad está intacta), de modo que toda persona que consulte la copia pueda saber dónde se identifica al titular y que del mismo modo el verdadero titular identificado en el registro pueda valerse de dicha copia. Así pues, en este tipo de sistema, el concepto de control, con las consiguientes preocupaciones de seguridad, se centra primordialmente en el registro, más que en el documento electrónico transferible en sí.

---

[8] Ello puede lograrse mediante la tecnología utilizada para crear el documento (que tal vez aún no exista), o conservando el documento en condiciones de seguridad muy estrictas que impidan a cualquier persona tener acceso a él para copiarlo o modificarlo.

[9] En algunos sistemas, el registro contiene asimismo la copia fehaciente y menciona la identidad de la persona que la controla. En otros sistemas, el registro conserva simplemente la firma digital de la copia fehaciente, que de este modo resulta accesible para verificar la integridad de toda copia de la que la persona que ejerza el control desee posteriormente valerse.

5. Empleo de la "designación" para cumplir con el requisito de la "singularidad"

23. El documento electrónico firmado no está, intrínsecamente, dotado de la singularidad requerida, al ser empleado en el marco de la tecnología actualmente en uso. Para soslayar esta dificultad, algunos ordenamientos han adoptado el parecer de que, en un entorno electrónico, no es necesario que el documento electrónico posea una característica intrínseca que lo convierta en un documento genuinamente "singular" en el sentido de que no sea posible que exista una copia idéntica. Por ello, se centra actualmente la atención en establecer alguna característica que distinga una copia electrónica de otra. Dicha característica podría consistir en alguna señal inherente al propio documento (si la tecnología requerida está disponible) o podrá ser conferida al documento por designación.

24. Un enfoque posible sería el de reconocer que cabría establecer dicha característica de la singularidad mediante la designación (por ejemplo, en el marco de un sistema informático), sin tener que depender para ello de algún factor intrínseco incorporado al propio documento transferible. Para dicho fin, se permite en algunos ordenamientos jurídicos el empleo de sistemas de información diseñados para seguir el rastro del documento mediante el recurso a algún medio de inscripción registral que permita restringir el acceso al documento o el control del mismo a la persona que esté autorizada para dicho fin. Algunos sistemas dependen en mayor medida de la tecnología, mientras que otros dependen del proceso empleado o de lo estipulado en un acuerdo, según sea el caso. Por ejemplo, una copia fehaciente que esté archivada en algún sistema de acceso controlado podrá ser dotada de un número de control singularizado, o podrá ser depositada en un servidor designado o en algún otro lugar que permita distinguir la copia fehaciente de las demás copias.

6. Labor ya efectuada

25. Durante los últimos años se han emprendido cierto número de tareas jurídicas y comerciales para facilitar el empleo de diversas clases de documentos electrónicos.

26. Entre las **iniciativas jurídicas** cabe citar la labor de la CNUDMI, de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como la labor efectuada en el marco del derecho interno de algunos países.

- La **Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)**[10] se ocupa, en sus artículos 16 y 17, de cuestiones concernientes al transporte de mercancías y de los documentos utilizados para dicho fin, así como de la transferibilidad de derechos. El artículo 17 3) prevé la transferencia de un derecho o de una obligación personal mediante el empleo de un mensaje de datos, siempre y cuando se disponga de un método fiable para garantizar la singularidad del mensaje utilizado. En el artículo 17 5) se permite la conversión de un mensaje de datos electrónico en un documento consignado sobre papel, siempre que se haya cancelado la validez del mensaje de datos y se haya consignado en el documento emitido sobre papel una declaración a tal efecto.

[10] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4, disponible en www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html.

- Como fruto de la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado cabe señalar el **Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario de 2006,** que se ocupa de los valores bursátiles depositados (sin soporte de papel) en poder de un intermediario[11].

- 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 (o directo) uniforme interamericano para el transporte internacional de mercancías en parte por carretera**[12], que es un documento negociable que prevé la utilización de la firma electrónica, así como otras clases de firma, siempre que lo autorice el derecho interno aplicable. En 2002, la OEA aprobó asimismo una **Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias**[13], que lleva en un anexo el **Reglamento uniforme interamericano de documentos y firmas electrónicas**[14], aplicable a las comunicaciones electrónicas al servicio del conocimiento de embarque combinado uniforme interamericano utilizable para el transporte directo internacional de mercancías en parte por carretera y en el marco de la Ley Modelo Interamericana de Garantías Mobiliarias.

- En los Estados Unidos, se ha previsto ya el empleo de títulos y documentos electrónicos transferibles en diversas leyes especiales. El **artículo 7 del Uniform Commercial Code (UCC)**, sobre **documentos de titularidad** (resguardos de depósito o de almacén, conocimientos de embarque y otros documentos de titularidad), reconoce el empleo de los documentos electrónicos de titularidad; el **artículo 8 del UCC sobre valores bursátiles** ha incorporado reglas paralelas a las del Convenio de La Haya de 2006, anteriormente citado; el **artículo 9 del UCC sobre operaciones garantizadas** reconoce la validez del empleo de los valores mobiliarios consignados sobre soporte electrónico, mientras que la **Uniform Electronic Transactions Act (UETA)** y la **Electronic Signatures in Global and National Commerce Act (E-SIGN)** reconocen la validez de los documentos electrónicos transferibles.

- Por su parte, el **Convenio del UNIDROIT relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil** ("Convenio de la Ciudad

---

[11] Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en poder de un intermediario, disponible en www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=72. Véase también lo concerniente a la problemática jurídica de los documentos transferibles, examinada por el Centro para la Facilitación de los Procedimientos y Prácticas para la Administración, el Comercio y el Transporte (CEFACT), en www.unece.org/cefact.

[12] Conocimiento de embarque combinado uniforme interamericano negociable para el transporte de mercancías por carretera, disponible en www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-billoflanding-Eng.htm.

[13] Disponible en www.oas.org/DIL/CIDIP-VI-securedtransactions_Eng.htm. Esta Ley Modelo fue aprobada en sesión plenaria el 8 de febrero de 2002 como resolución CIDIP-VI/RES.5/02, que puede consultarse en www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink= www.oas.org/dil/. El texto de la propia Ley Modelo puede verse (en español e inglés) en www.oas.org/dil/Annex_cidipviRES.%205-02.pdf.

[14] Disponible en www.oas.org/main/main.asp?sLang=E&sLink=http://www.oas.org/dil/.

del Cabo")[15] prevé la creación de un registro electrónico para la inscripción de garantías internacionales constituidas sobre bienes de equipo carentes de ubicación fija, que sirva para dar aviso de la existencia de garantías reales sobre bienes de esa índole a todo tercero interesado y que permita que un acreedor retenga la prelación de su garantía frente a toda garantía real posteriormente inscrita, así como frente a toda garantía no inscrita y frente al administrador de la insolvencia del deudor.

27. Entre las **iniciativas comerciales** cabe citar proyectos como los siguientes:

- La *Association of National Numbering Agencies (ANNA)* ha emitido unas directrices para su sistema de identificación numérica internacional de valores bursátiles (ISIN) publicadas bajo la norma ISO6166[16]. Cada código ISIN está formado por 12 caracteres o cifras que sirven para identificar cada valor bursátil. La actualización más reciente de las directrices explica con mayor detalle el funcionamiento comparado de los certificados consignados sobre papel y de los consignados sobre soporte electrónico.
- El Comité Marítimo Internacional[17] ha formulado unas Reglas para el conocimiento de embarque electrónico[18].
- Bolero[19] ha preparado una plataforma tecnológicamente neutral para la contratación electrónica entre compradores, vendedores y sus servicios logísticos y bancarios.
- La *United States Mortgage Industry Standards Maintenance Organization* ha trabajado intensamente sobre los pagarés electrónicos y las hipotecas electrónicas[20], y ha establecido un registro electrónico para los pagarés electrónicos.
- La *United States Motor Vehicle Dealership Financing Industry* ha preparado normas para la documentación electrónica de la venta al por menor y del arrendamiento financiero de vehículos de motor[21].

---

[15] Disponible en www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm.

[16] *ISIN Guidelines (version 7, junio de 2004),* disponible en www.anna-web.com/neu/ISO_6166/ISIN_Guidelines_Version_7_%20June_2004.pdf; las reglas de asignación ISIN para títulos de la deuda publicadas en *Rule 144A and Regulation S*, disponible en www.anna-web.com/neu/ISO_6166/ISIN_Guidelines_AnnexA_RegS_144A.pdf.

[17] El Comité Marítimo Internacional es una organización internacional no gubernamental de fines no lucrativos establecida en Amberes desde 1897, con la finalidad de contribuir con todas las actividades y medios apropiados a la unificación del derecho marítimo en todos sus aspectos. Para dicho fin promueve la creación de asociaciones nacionales de derecho marítimo y coopera con otras organizaciones internacionales. Véase www.comitemaritime.org.

[18] Disponible en www.comitemaritime.org/cmidocs/rulesebla.html.

[19] Disponible en www.bolero.net/.

[20] Disponible en www.mismo.org.

[21] Véase, por ejemplo, www.spers.org/EFSCconference/TomBuitewegElectronicChattelPaper.htm. La industria algodonera de los Estados Unidos ha comenzado a utilizar resguardos de almacén electrónicos a raíz de una enmienda de la United States Warehouse Act (7 U.S.C. 259 (c)) y de un reglamento del Departamento de Agricultura de los Estados Unidos por los que se reconoce la equivalencia funcional de los recibos electrónicos y de los recibos consignados sobre papel. Véase, por ejemplo, http://southwestfarmpress.com/mag/farming_electronic_warehouse_receipts/.

28. Todas estas iniciativas subrayan el valor de la contribución que la CNUDMI puede hacer en este campo: i) definiendo y armonizando los principios pertinentes, ii) mejorando el conocimiento de la transferibilidad de los documentos electrónicos al servicio de todo usuario eventual y de la comunidad mundial, iii) sacando mayor provecho de la experiencia ya adquirida en otros lugares, y iv) minimizando toda duplicación innecesaria de la labor emprendida en este ámbito.

7. Recomendaciones acerca de la labor que cabe esperar de la Comisión

29. Sugerimos que la CNUDMI emprenda un proyecto con miras a determinar los problemas existentes y a definir los principios básicos en los que deberá inspirarse el desarrollo de un régimen legal internacional viable de los documentos electrónicos transferibles, que sirva además de ayuda a los Estados para actualizar toda norma de su derecho interno que pueda afectar al comercio internacional en este ámbito. Cabe prever que se examinen, cuando así proceda, otros aspectos de los documentos electrónicos transferibles que no se han abordado expresamente en el presente documento. Cabe también que se examine, en cierta medida, el empleo de registros electrónicos, aun cuando deberá reconocerse la necesidad de ofrecer diversas soluciones adaptables a las necesidades prácticas de cada sector y aplicación. El proyecto que se emprenda debería partir de un juego de principios claros que sean aplicables a todo régimen internacional de los documentos transferibles. Cabría dar una mayor orientación a los Estados, a las organizaciones internacionales o a los sectores industriales, para facilitarles la evaluación de los riesgos jurídicos y de las opciones disponibles para eliminarlos, así como la búsqueda de las soluciones que mejor se adapten a sus propias necesidades y a las necesidades del comercio mundial. Si se estima oportuno, cabría examinar, a raíz de dicha fase inicial, la necesidad eventual y la viabilidad de preparar algún instrumento adicional que dote de mayor eficiencia a la documentación electrónica al servicio del comercio.

A/CN.9/681/Add.2 (Original: inglés)

Posible labor futura en materia de comercio electrónico: propuesta de los Estados Unidos de América sobre la solución de controversias por vía informática

ADICIÓN

1. Los Estados Unidos recomiendan que se pida a la Secretaría que, siempre que disponga de los recursos de personal necesarios, prepare un estudio sobre la labor futura que podría entablar la CNUDMI sobre el tema de la solución por vía informática de las controversias surgidas en operaciones transfronterizas de comercio electrónico. De emprenderse ese estudio, la Secretaría habría de mantener consultas con los Estados miembros y observadores e informarlos sobre los progresos realizados en la elaboración de sus recomendaciones acerca de la labor futura, y se sugiere que la Secretaría examine la posibilidad de organizar un coloquio de expertos sobre la cuestión.

2. Desde hace varios años la CNUDMI viene supervisando los sistemas de solución de controversias por vía electrónica que se experimentan en el ámbito del comercio electrónico con la esperanza de que, en un momento dado, podría determinar la línea a seguir por la Comisión en lo que respecta a la solución de controversias por vía informática[1]. En 2003 la secretaría de la CNUDMI llegó a la conclusión de que:

> la mejor forma de proceder ... consistiría en supervisar y examinar las nuevas prácticas de solución de controversias por vía informática, analizar los diversos experimentos realizados, recopilar información y preparar estudios sobre las dificultades jurídicas, técnicas y comerciales subjetivas u objetivas que plantee la solución de controversias por vía informática con miras a enriquecer los debates sobre el mejor modo en que esas cuestiones pueden abordarse en un marco general. A reserva de las conclusiones a que se llegue en esos análisis y estudios, consideramos que aún es prematuro que las Naciones Unidas entablen la preparación de un instrumento normativo[2].

3. Desde entonces, en sus sesiones plenarias, la Comisión ha considerado sistemáticamente que la solución de controversias por vía informática podría formar parte de la posible labor futura tanto del Grupo de Trabajo II (Arbitraje) como del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico)[3]. Sin embargo, la Comisión no ha

---

[1] Labor actual de la CNUDMI en el campo del comercio electrónico, documento de las Naciones Unidas TRADE/CEFACT/2002/20, pág. 4 (18 de abril de 2002), disponible en www.unece.org/cefact/cf_plenary/plenary02/docs/02cf20.pdf.

[2] Carta del Secretario de la CNUDMI, Jernej Sekolec, de fecha 17 de enero de 2003, dirigida al Director de la División Comercial del CEFACT, relativa a un proyecto de recomendación sobre la solución alternativa de controversias por vía informática, pág. 6, disponible en http://markmail.org/download.xqy?id=iupo4oag7aijppnj&number=1.

[3] Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones de 2008 (A/63/17, párr. 316); 2007 (A/62/17, párr. 176); 2006 (A/61/17, párr. 187); 2005 (A/60/17, párrs. 178 y 215); y 2004 (A/59/17, párr. 60). Véase también *Reducing Time and Costs on International Arbitration*, José María Abascal Zamora, documento presentado en Viena del 9 al 12 de julio de 2007 durante

pedido específicamente a la Secretaría que preparara estudios subsiguientes acerca de las dificultades jurídicas, técnicas y comerciales que plantea la solución de controversias por vía informática ni sobre la labor futura al respecto. Dado que, según algunos estudios, el comercio electrónico transfronterizo no se ha expandido con la rapidez que cabía esperar, debido parcialmente a las dudas que tenían las partes sobre la instancia a la que debían recurrir en caso de controversias, los Estados Unidos estiman que sería oportuno que la Secretaría volviera a ocuparse de esas cuestiones.

4. En un estudio de la Secretaría cabría examinar algunas de las siguientes cuestiones:

i. Los tipos de conflictos que pueden dirimirse mediante sistemas de solución de controversias por vía informática

La Secretaría tal vez desee investigar los tipos de operaciones de comercio electrónico en los que la solución de controversias por vía informática puede dar mejores resultados[4].

En el estudio cabría tratar también la cuestión de si en una eventual labor futura sobre los mecanismos de solución de controversias por vía informática habría que englobar las controversias de comercio electrónico surgidas entre empresas, así como las que se planteen en operaciones entre empresas y consumidores.

---

el 40º período de sesiones de la CNUDMI, disponible en www.uncitral.org/pdf/english/congress/Abascal-rev.pdf.

[4] El primer órgano internacional que puede ocuparse de este ámbito es el Centro de Arbitraje y de Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que fue creado con la finalidad de establecer un sistema de solución informática de controversias basado en Internet que ofreciera un medio neutral, rápido y económico de solución de controversias, inclusive en el marco de la Política uniforme de solución de controversias en materia de nombres de dominio (UDRP). Véase *Número record de casos de ciberocupación en 2008*, *WIPO Proposes Paperless UDRP, PR/2009/585*, 16 de marzo de 2009, disponible en www.wipo.int/pressroom/en/articles/2009/article_0005.html. Al menos una parte del éxito de la UDRP parece basarse en el hecho de que el proceso es obligatorio para todas las partes que registren nombres de dominios y de que el remedio es fácil de ejecutar. Véase también *Redress & Alternative Dispute Resolution in Cross-Border E-commerce Transactions*, *Briefing Note European Parliament*, en ii), pág. 7 (enero de 2007), disponible en www.europarl.europa.eu/comparl/imco/studies/0701_crossborder_ecom_en.pdf (donde se recomienda que para el término breve es preciso realizar una mayor investigación empírica para determinar si existen otros ámbitos concretos, similares a la situación de los nombres de dominios en la UDRP en que la solución de controversias por vía informática puede dar buenos resultados). Es posible ahora formular incentivos prácticos para el cumplimiento de los laudos electrónicos mediante la utilización de marcas de confianza facilitadas a las entidades que cumplan con los laudos y los acuerdos. *Ibid.*, pág. 8.

ii. La acreditación de los proveedores de sistemas de solución de controversias por vía informática

La Secretaría podría estudiar también si sería posible o conveniente mantener una única base de datos de proveedores certificados de sistemas de solución informática de controversias para operaciones de comercio electrónico[5].

iii. Reglas procesales

La Secretaría también podría estudiar si sería apropiado formular reglas procesales para la resolución informática de controversias en operaciones transfronterizas de comercio electrónico que prevean procedimientos rápidos que se ajusten a los requisitos de garantías[6].

iv. Ejecución de los laudos electrónicos

Cabría estudiar la aplicabilidad a los laudos dictados a través del proceso de solución informática de controversias de las convenciones internacionales pertinentes sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales[7]. Sin embargo, habida cuenta de la escasa entidad de muchas reclamaciones de comercio electrónico, es posible que habitualmente la aplicación de esos tratados no resulte económica. Por esta razón, podría ser útil estudiar la forma de formular incentivos prácticos para el cumplimiento de esos laudos electrónicos.

---

[5] La *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos y organismos de protección del consumidor de otros 23 países han establecido un Directorio Internacional de sistemas alternativos de resolución de controversias (ADR) con los datos para ponerse en contacto con los proveedores de servicios de solución de controversias que puedan ayudar a los consumidores a resolver sus problemas con vendedores transfronterizos. El Directorio ADR puede consultarse en www.econsumer.gov/english/resolve/directory-of-adrs.shtm. Del mismo modo, la Comisión Europea, junto con sus Estados miembros, lleva una base de datos central de órganos de ADR que se considera que cumplen las *recomendaciones* de la Comisión sobre la solución de controversias. Estos datos se mantienen en la página de Internet de la Dirección General de Protección de la Salud y del Consumidor. Véase http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_en.htm.

[6] En las negociaciones de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP VII) de la OEA, los Estados Unidos han propuesto un proyecto de reglamento modelo para el arbitraje electrónico en casos de pequeñas reclamaciones transfronterizas de consumidores. La finalidad del reglamento es ofrecer procedimientos prácticos para la resolución de determinados tipos comunes de pequeñas controversias con consumidores que sean simples, económicos, eficaces, rápidos y equitativos.

[7] Véanse los siguientes instrumentos pertinentes: la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958); la Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional (Panamá, 1975); y el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional (Ginebra, 1961).

C. Propuesta de la Delegación Española para los trabajos futuros del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

(A/CN.9/682) [Original: inglés]

1. Durante el 41º período de sesiones de la Comisión se presentaron y escucharon diferentes propuestas para centrar la futura labor del Grupo de Trabajo IV en la creación y el régimen de las "ventanillas únicas" (VU). Son varios los objetivos que podrían alcanzarse mediante la identificación de los principios jurídicos y operativos aplicables a las VU, e incluyen aspectos tan importantes como la promoción de la certidumbre y seguridad jurídica en el intercambio de información y documentos por vía electrónica en el marco de operaciones transfronterizas, o la simplificación de los procedimientos aplicables para ese intercambio, procurando hacerlo tanto para la empresa privada como para las autoridades y administraciones públicas. Igualmente, y en estrecha relación con esta materia, otro de los temas propuestos fue el de los documentos electrónicos negociables y, con carácter más general, el de la transferencia de derechos por vía electrónica.

2. La Delegación de España apoyó en su momento las propuestas presentadas en este sentido, y sigue encontrando interesantes los enfoques en que se basan. Tal como quedó manifestado entonces por parte de la Delegación, entre los temas propuestos suscita un más claro interés el régimen de la emisión y transferencia de documentos electrónicos negociables y la negociación de derechos por vía electrónica. La negociación y universalización de un régimen uniforme o, al menos, de unos principios uniformes relativos a esta materia reportaría muchos beneficios, ya que permitiría probablemente desarrollar reglas para todos aquellos otros procesos jurídicos basados en el empleo de medios electrónicos y en el intercambio de información con diversas finalidades más específicas. Los mecanismos de transferencia o negociación de derechos, incluidos los que se valen del flujo de documentos escritos, muestran una estructura muy similar en todos los casos, con independencia del área económica en la que se utilicen y de la naturaleza y contenido de los derechos en cuestión. Esta similitud probablemente se incrementará al implementarse cada día más los medios electrónicos al servicio de esta finalidad.

3. Los sistemas actuales para la transferencia de derechos o documentos, que operan dentro y fuera de la red de comunicaciones electrónicas, están basados en la creación de registros especiales. Los registros que durante los dos últimos decenios han ido progresivamente emergiendo en el universo electrónico suelen valerse de una estructura registral creada *ad hoc* o de una estructura que ya existía previamente. En el campo del Derecho del comercio electrónico, tanto nacional como internacional (este último fruto de la labor de la Comisión), los documentos electrónicos negociables o transferibles disfrutan ya en ciertos ámbitos del mismo reconocimiento que los emitidos sobre papel. Dicho reconocimiento se apoya en la idea de que un documento electrónico (es decir, incorporal) puede ser manejado de manera muy similar a la forma en que usamos los documentos consignados sobre papel. La noción más relevante en la que descansa la normativa a la hora de reconocer la titularidad sobre derechos o documentos es la del control del documento emitido. Esta noción, lejos de la sensación que pueda inicialmente

transmitir, ha sido diseñada en todos los casos para englobar, entre otros, los sistemas de base registral.

4. Existe una clara y apremiante necesidad de disponer de una regulación mínimamente armonizada para la transferencia o negociación electrónica de derechos o documentos, que sea capaz de impulsar la migración al entorno electrónico de este tipo de procesos y operaciones en el tráfico internacional. Semejante regulación podría enfocarse hacia la transferencia de derechos a través del régimen de la cesión por vía electrónica, pero igualmente debería incluir otros modos específicos basados en la emisión y uso de ciertos documentos o valores (valores mobiliarios, valores representativos de dinero, títulos o valores representativos de bienes o derechos reales sobre ciertos bienes, etc.). Un elemento clave para la viabilidad y el éxito de este tipo de procesos, cuyo papel y relevancia deben ser tenidos en cuenta por cualquier normativa futura, es el denominado tercero de confianza.

5. Los terceros de confianza, entre ellos, por ejemplo, las entidades o autoridades de certificación, cumplen ya un cometido importante, reconocido en la ley, en sectores tales como el de la firma electrónica. Su presencia en el entorno electrónico, con todo, está adquiriendo, y sin duda seguirá haciéndolo, una importancia mucho mayor y un impacto más profundo, debido a que el grado de certeza y de seguridad de las relaciones en un entorno electrónico depende básicamente de la confianza que esos terceros operadores del sistema inspiren a la hora de comprobar identidades, así como la autenticidad y el contenido de la información y la certeza y el contenido jurídico de los bienes inmateriales (tales como derechos) intercambiados, sin olvidarse, por supuesto, del régimen jurídico aplicable.

6. El único método que de momento existe para obtener la confianza y el grado de seguridad y de certeza exigibles por las partes, para tramitar sus operaciones por vía electrónica, consiste en implicar en su protocolo de comunicaciones a un tercero de confianza. Esto es lo que sucede cuando se recurre a un sistema registral para la negociación de derechos. Tales sistemas normalmente se basan en la autoridad, de origen legal o contractual, reconocida a una o más entidades que proveen, además del sistema para las comunicaciones y la infraestructura de firma electrónica (la cual puede a su vez valerse de una infraestructura de clave pública nacional), la infraestructura registral.

7. La regulación de los terceros de confianza y sus funciones, en el marco de la transferencia o la negociación por vía electrónica de derechos, documentos o valores, podría sentar igualmente las bases para una normativa que contemple desde un ángulo más general el cometido de esos terceros en las relaciones y operaciones que se mantengan o tramiten por vía electrónica con cualquier finalidad contractual. Por dicho motivo, de los esfuerzos que se lleven a cabo, así como su resultado, podrían tener un efecto muy beneficioso, creando además cierta sinergia, en otras actividades y relaciones basadas o dependientes del intercambio de información en la red, así como en su régimen tanto legal como contractual. Cabe prever dicho efecto provechoso tanto en las relaciones de carácter estrictamente privado como en las relaciones con la administración pública (en las que a menudo es la propia administración la que asume el papel de tercero de confianza).

8. En lo que se refiere a los objetivos previsibles del enfoque descrito y el cauce formal para implementarlo, la Delegación de España no desea realizar propuestas cerradas. Sin embargo, sí entiende que el instrumento resultante podría regular:

- La manera en que deberán negociarse o transmitirse derechos por vía electrónica y las condiciones a satisfacer en el terreno formal;
- Las consecuencias generales de la transmisión, así como las que de forma específica deban asociarse al régimen de los documentos, valores o derechos negociables o trasferibles;
- Las clases de documentos o de valores negociables que caerían en el ámbito de aplicación de la normativa diseñada;
- La responsabilidad que asumirá el transmitente;
- El grado de intervención que en la transferencia o negociación deberá asumir el deudor de la obligación subyacente y sus consecuencias;
- La protección que en los diferentes modos para la transmisión de derechos que se regulen merezca el tercero adquiriente de buena fe, tanto frente al deudor como frente a derechos de otros terceros;
- Las consecuencias de la intervención de terceras entidades o autoridades certificadoras (ya sean proveedoras de otros servicios o no), incluyendo:
  - Consecuencias de su intervención en la posición de las partes (deudor, transmitente y adquiriente);
  - Responsabilidad por los daños derivados de su conducta;
- La noción relevante del tercero certificador (de confianza) y su posible sumisión a autoridades públicas de control nacionales.

9. Sin ánimo de descartar otras posibilidades, la Delegación de España desea igualmente recordar la valiosa experiencia y el elevado éxito cosechados en el campo del Derecho del comercio electrónico gracias a las leyes modelo. Una ley modelo efectivamente puede ser el cauce idóneo para una iniciativa como la propuesta, dada la mayor flexibilidad que a la hora de su implementación ofrece a los Estados que consideren su empleo, así como la mayor facilidad para la mejora de su contenido con posterioridad a su confección.

D. Posible labor futura en materia de derecho del transporte: comentario sobre el Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (“Reglas de Rotterdam”)

(A/CN.9/679) [Original: inglés]

ÍNDICE

Párrafos

I. Introducción 1-3

II. Posibles modelos de comentarios o notas explicativas sobre las Reglas de Rotterdam 4-8

I. Introducción

1. En su 41º período de sesiones celebrado en 2008[1], la Comisión aprobó el texto de lo que en aquel momento era conocido como el proyecto de Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (“el Convenio” o “las Reglas de Rotterdam”) y la adopción posterior del Convenio por parte de la Asamblea General el 11 de diciembre de 2008[2]. La Asamblea General autorizó que se abriera a la firma el Convenio en una ceremonia de firma que se celebrará en Rotterdam el 23 de septiembre de 2009[3], y exhortó a todos los gobiernos a que examinaran la posibilidad de ser partes en el Convenio[4].

2. Durante sus deliberaciones sobre el proyecto de texto del Convenio que tuvieron lugar entre 2002 y 2008, el Grupo de Trabajo III (Derecho del Transporte) examinó la cuestión de si determinados aspectos del texto debían ser desarrollados en un comentario o en notas explicativas que podrían acompañar al Convenio a partir de su publicación. Por ejemplo, existen dos referencias a esa cuestión en el último proyecto del Convenio que se publicó con notas de pie de página (A/CN.9/WG.III/WP.101). La nota 6 relativa al artículo 3 sobre los “Requisitos de forma” prevé la posibilidad de incluir una nota en la que se explique que las notificaciones contempladas en el Convenio que no estén reguladas en el artículo 3, podrán efectuarse por cualquier vía de comunicación, incluso verbalmente o por un

[1] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/63/17), párr. 298.
[2] Resolución 63/122, párr. 2.
[3] *Ibid.*, párr. 3.
[4] *Ibid.*, párr. 4.

intercambio de mensajes de datos que no satisfaga necesariamente la definición de "comunicación electrónica" del párrafo 18 del proyecto de artículo 1. Además, en la nota 20 relativa al artículo 9 se examinó la cuestión de si procedía dar algunas indicaciones relacionadas con los términos "de fácil comprobación" en una nota o comentario que se adjunte a la publicación del Convenio. El Grupo de Trabajo no adoptó ninguna decisión concreta con respecto a dichos supuestos.

3. Como la Asamblea General ya ha aprobado el texto de las Reglas de Rotterdam, deberán ultimarse los preparativos para su publicación y difusión. Por lo tanto, la Comisión tal vez desee examinar si deberán adjuntarse al texto del Convenio notas explicativas o un comentario, y la forma que deberán adoptar estos.

II. Posibles modelos de comentarios o notas explicativas sobre las Reglas de Rotterdam

4. La Comisión podría estudiar varios modelos cuando examine el tipo de comentario o nota que, en su caso, deberá adjuntarse a la publicación del Convenio, señala que los tres ejemplos siguientes se denominan "notas explicativas", y afirma específicamente que no constituyen comentarios oficiales sobre el convenio o la convención de que se trate.

5. Las notas explicativas que se adjuntan a las Reglas de Hamburgo constan de unos breves párrafos de introducción y de antecedentes seguidos de un resumen de las "características principales" de las Reglas de Hamburgo, para concluir con un breve examen de la uniformidad de la legislación relativa al transporte marítimo de mercancías. El texto de la nota presenta un estilo narrativo y carece de referencias concretas al examen de ciertos temas en los trabajos preparatorios. Por ejemplo, los párrafos que se refieren al artículo 4 relativo al período de responsabilidad del porteador son los siguientes:

"2. Período de responsabilidad

14. Las Reglas de la Haya se aplican únicamente al período comprendido entre el momento en que las mercancías se cargan en el buque y el momento en que se descargan del buque. No se aplican a la pérdida o daño que se produce mientras las mercancías se hallan bajo la custodia del porteador con anterioridad a la carga o con posterioridad a la descarga.

15. En la práctica moderna del transporte marítimo, los porteadores con frecuencia aceptan y mantienen las mercancías bajo su custodia en el puerto antes y después del transporte efectivo por mar. Se ha calculado que la mayoría de las pérdidas y daños de las mercancías se producen mientras estas se hallan en el puerto. A fin de asegurar que estas pérdidas y daños se imputan a la parte que tiene bajo su custodia las mercancías y, por lo tanto, está en mejores condiciones para protegerlas contra la pérdida o daño, las Reglas de Hamburgo se aplican a la totalidad del período en que el porteador tiene bajo su custodia las mercancías, en el puerto de carga, durante el transporte y en el puerto de descarga."

6. Otro posible modelo que la Comisión tal vez desee examinar es el que figura en la nota explicativa adjunta a la Convención de las Naciones Unidas sobre

Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente. Las notas contienen una introducción algo más detallada, seguida de un resumen de las principales características y disposiciones de la Convención. El texto presenta un estilo narrativo ligeramente más detallado que el que se adjunta a las Reglas de Hamburgo, pero también carece de referencias concretas al examen de ciertos temas en los trabajos preparatorios. Por ejemplo, en la nota referida al artículo 3 relativo a la independencia de la promesa se afirma lo siguiente:

"D. Definición de "independencia"

17. Si bien se reconoce en general que los tipos de promesa de los que se ocupa esta Convención son de índole "independiente", se observa en el ámbito internacional una falta de uniformidad en cuanto al sentido y grado de reconocimiento que se le da a este rasgo esencial. La Convención favorecerá esa uniformidad con la definición que da de "independencia" (artículo 3). Esa definición está centrada en la consideración de que la obligación ha de ser independiente de la existencia o validez de la operación subyacente o de cualquier otra promesa. La referencia final a que ha de ser independiente de otras promesas sirve para marcar el carácter independiente de la contragarantía frente a la garantía a la que garantiza y de la confirmación frente a la carta de crédito contingente o a la garantía independiente que confirma.

18. Para ser objeto del régimen de la Convención, una promesa deberá además estar exenta de toda cláusula o condición que no figure en el texto de la propia promesa. Se dice expresamente que, para ser objeto de la Convención, la promesa no deberá estar sujeta a ningún acto o hecho futuro e incierto, con la única salvedad de la presentación por el beneficiario de su reclamación y demás documentos o de cualquier otro acto o hecho análogo comprendido en el "giro de los negocios" del garante/emisor. Ello viene a estar en línea con la noción de que el garante/emisor asume la función, en una garantía independiente, de pagador puntual, y no de investigador."

7. Un tercer posible modelo que la Comisión tal vez desee examinar es la nota explicativa que se adjunta a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales. Aunque se denomina "nota explicativa", el texto es mucho más detallado que en los dos ejemplos anteriores, y es más acorde con el estilo de una guía para la incorporación al derecho interno. La nota contiene una breve introducción, seguida de un examen de las principales características del instrumento, un resumen de la labor preparatoria y, para concluir, unas observaciones bastante detalladas sobre los distintos artículos, además de referencias concretas al examen de ciertos temas en los trabajos preparatorios. Por ejemplo, en la nota referida al artículo 3 relativo a la autonomía de las partes, que consta de una sola oración, se afirma lo siguiente:

"Artículo 3. Autonomía de las partes

1. Alcance de la facultad para exceptuar disposiciones

84. Al preparar la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas, la CNUDMI tuvo presente el hecho de que, en la práctica, las soluciones a las dificultades jurídicas que planteaba la utilización de medios modernos de comunicación solían buscarse en los contratos. La Convención refleja la opinión de la CNUDMI de que la autonomía de las partes es de importancia

vital en las negociaciones contractuales y debe gozar de un amplio reconocimiento en la Convención. [Nota de pie de página: *Ibid*., párrafo 33.]

85. Al mismo tiempo, se aceptó de forma general que la autonomía de las partes no llegaba al extremo de permitir que se hiciera abstracción de los requisitos legales, que podían imponer, por ejemplo, la utilización de métodos concretos de autenticación en un determinado contexto. Esto es de particular importancia en lo que se refiere al artículo 9 de la Convención, que establece los criterios que han de satisfacer las comunicaciones electrónicas y sus elementos (por ejemplo, las firmas) para cumplir los requisitos de forma, que normalmente son de carácter imperativo pues derivan de decisiones de orden público. La autonomía de las partes no permite a estas rebajar los requisitos legales (por ejemplo, sobre la firma) y favorecer los métodos de autenticación que resulten menos fiables que las firmas electrónicas, que es la norma mínima reconocida por la Convención (véase A/CN.9/527, párrafo 108; véase también A/CN.9/571, párrafo 76).

86. Sin embargo, tal como dispone el párrafo 2 del artículo 8, la Convención no obliga a las partes a aceptar comunicaciones electrónicas si no lo desean. Ello significa también, por ejemplo, que las partes pueden optar por no aceptar firmas electrónicas (véase A/CN.9/527, párrafo 108).

87. De conformidad con la Convención, la autonomía de las partes solo se aplica a las disposiciones que crean derechos y obligaciones para las partes, y no a las disposiciones de la Convención que van dirigidas a los Estados Contratantes (véase A/CN.9/571, párrafo 75).

2. Forma en que las partes pueden sustraerse a disposiciones

88. El artículo 3 tiene la finalidad de aplicarse no solo en el contexto de las relaciones entre los iniciadores y los destinatarios de mensajes de datos sino también en el contexto de las relaciones en que intervengan intermediarios. Así pues, las disposiciones de la Convención sobre Comunicaciones Electrónicas pueden ser modificadas mediante acuerdos bilaterales o multilaterales entre las partes, o mediante el régimen de reglas que estas convengan.

89. La CNUDMI entendió que las excepciones a la Convención no necesitaban hacerse explícitamente sino que podían también hacerse implícitamente, por ejemplo, conviniendo las partes cláusulas contractuales que se aparten de las disposiciones de la Convención (véase A/CN.9/548, párrafo 123). [Nota de pie de página: *Ibid*., párrafo 32.]

Referencias a la labor preparatoria

CNUDMI, 38º período de sesiones (Viena, 4 a 15 de julio de 2005)	A/60/17, párrs. 31 a 34
Grupo de Trabajo IV, 44º período de sesiones (Viena, 11 a 22 de octubre de 2004)	A/CN.9/571, párrs. 70 a 77
Grupo de Trabajo IV, 43º período de sesiones (Nueva York, 15 a 19 de marzo de 2004)	A/CN.9/548, párrs. 119 a 124

Grupo de Trabajo IV, 41º período de sesiones (Nueva York, 5 a 9 de mayo de 2003)	A/CN.9/528, párrs. 70 a 75
Grupo de Trabajo IV, 40º período de sesiones (Viena, 14 a 18 de octubre de 2002)"	A/CN.9/527, párrs. 105 a 110

8. En el supuesto de que la Comisión decida publicar una nota explicativa o un comentario, podrá optar por no elegir como modelo ninguna de las opciones expuestas *supra*. En cambio, un planteamiento alternativo o combinado más adaptado a las características concretas de las Reglas de Rotterdam podría considerarse más adecuado. Entre las consideraciones concretas a este respecto cabe mencionar las siguientes:

a) El hecho de que el Convenio armoniza tres convenios relativos al transporte marítimo de mercancías, además de varios regímenes distintos de ámbito regional y nacional, así como la adaptación a las prácticas actuales de la industria, dificultan la redacción de una nota pormenorizada;

b) El ámbito de aplicación de las Reglas de Rotterdam es mucho más amplio que el de anteriores convenios que regulaban esa misma materia, ya que no se limita únicamente a regular las cuestiones relativas a la responsabilidad;

c) El Convenio es mucho más extenso que los textos de los modelos examinados *supra*, y sus disposiciones son muy detalladas; y

d) El Grupo de Trabajo se reunió durante un total de 26 semanas, de ahí que los trabajos preparatorios sean voluminosos, y los usuarios de las Reglas de Rotterdam podrían beneficiarse de la documentación referente al examen de temas concretos llevado a cabo por el Grupo de Trabajo y la Comisión durante el período de examen del texto del Convenio.

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.2), publicada en 2000 y disponible en el espacio web de la CNUDMI (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
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 la cooperación y asistencia técnicas

(A/CN.9/675 y Add.1) [Original: inglés]

ÍNDICE

		Párrafos
I.	Introducción	1-5
II.	Actividades de cooperación y asistencia técnicas	6-31
	A. Actividades relativas a distintos temas	8-14
	B. Compraventa de mercancías	15-16
	C. Solución de controversias	17-19
	D. Contratación pública	20-21
	E. Garantías reales	22
	F. Transporte	23-24
	G. Insolvencia	25
	H. Comercio electrónico	26-29
	I. Asistencia en la preparación de textos legales	30-31
III.	Actividades de coordinación	32-35

I. Introducción

1. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) desempeña, por razón de su mandato, que consiste en preparar y promover la adopción y utilización 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 y los pagos, las garantías reales, la insolvencia, el transporte y el comercio electrónico, una importante función en la preparación del marco jurídico del comercio y de las inversiones financieras internacionales. Esos instrumentos disfrutan de una gran aceptación, al ofrecer soluciones satisfactorias para países de diversa tradición jurídica y que se encuentran en diferentes etapas de desarrollo económico; entre ellos figuran los siguientes:

a) En materia de compraventa de mercancías, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías

(CIM)[1] y la Convención de las Naciones Unidas sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías (la Convención sobre la prescripción)[2];

b) En materia de solución de controversias, la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras[3] (la Convención de Nueva York, una 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[4], el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI[5], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional[6], las notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral[7], y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional[8];

c) En materia de contratación pública, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios[9], la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada[10], y las Disposiciones Legales Modelo de la CNUDMI sobre Proyectos de Infraestructura con Financiación Privada[11];

d) En materia de banca y pagos, la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales[12], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito[13], y la Convención

---

1 De 11 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), primera parte.

2 *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* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.74.V.8), primera parte; Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1511, págs. 77 y 99; *Anuario de la CNUDMI 1980*, tercera parte, cap. I, secc. C.

3 Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 330, Nº 4739.

4 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, trigésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/31/17), párr. 57; *Anuario de la CNUDMI 1976*, primera parte, cap. II, secc. A.

5 *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*, tercera parte, cap. II.

6 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/40/17), anexo I; *Anuario de la CNUDMI 1985*, tercera parte, cap. I; *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/61/17), anexo I.

7 *Anuario de la CNUDMI 1996*, tercera parte, cap. II.

8 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), anexo I; *Anuario de la CNUDMI 2002*, tercera parte.

9 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/49/17), anexo I; Anuario de la CNUDMI 1994, tercera parte, cap. I.

10 Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.01.V.4, A/CN.9/SER.B/4.

11 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo octavo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/57/17), anexo I.

12 *Anuario de la CNUDMI 1988*, tercera parte, cap. I; resolución 43/165 de la Asamblea General, anexo.

13 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo séptimo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/47/17), anexo I.

de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente[14];

e) En materia de garantías reales, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional[15] y la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas[16];

f) 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];

g) En materia de transporte, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Reglas de Hamburgo)[19], el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional[20], y el Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (las "Reglas de Rotterdam")[21]; y

h) En materia de comercio electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico[22], la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas[23], y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales[24].

2. Las actividades de cooperación y asistencia técnicas encaminadas a promover la utilización y la adopción de sus textos son una de las prioridades de la CNUDMI, de conformidad con una decisión adoptada en su 20° período de sesiones (1987)[25], y son de particular utilidad para aquellos países en desarrollo y economías en transición que conocen peor las nuevas o renovadas ramas del derecho mercantil que son objeto de la labor de la CNUDMI. Dado que la reforma del derecho mercantil, basada en la adopción de instrumentos internacionales armonizados, influye de forma evidente en la capacidad para participar en el comercio internacional, la labor de cooperación y asistencia técnica de la Secretaría

---

14 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.

15 *Anuario de la CNUDMI 2002*, tercera parte; resolución 56/81 de la Asamblea General, anexo.

16 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17 segunda parte), párr. 99.

17 *Anuario de la CNUDMI 1992*, tercera parte, cap. I.

18 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo noveno período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/59/17), párr. 55.

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 Nueva York, 11 de diciembre de 2008, resolución A/RES/63/122 de la Asamblea General, anexo.

22 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/51/17), anexo I.

23 *Ibid.*, *quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/56/17), anexo II.

24 Nueva York, 23 de noviembre de 2005, resolución A/RES/60/21 de la Asamblea General, anexo.

25 *Documentos Oficiales de la Asamblea General, cuadragésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/42/17), párr. 335.

encaminada a promover la adopción y la utilización de dichos textos está al servicio del desarrollo económico.

3. Se publica con regularidad en el sitio web de la CNUDMI una relación actualizada del estado de los tratados y leyes modelo de la CNUDMI en lo concerniente a su aprobación y promulgación. También cabe obtenerlo consultando el informe anual que se presenta a la Comisión bajo el título "Situación de las convenciones y leyes modelo", en donde se informa acerca de la promulgación interna de los tratados por los Estados parte y de la incorporación al derecho interno de las leyes modelo.

4. En su resolución 63/120, de 15 de enero de 2009, la Asamblea General reafirmó la importancia que revestía, especialmente para los países en desarrollo y los países con economías en transición, la labor de cooperación y asistencia técnicas de la Comisión en materia de derecho mercantil internacional y reiteró su llamamiento al Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y otros órganos responsables de la asistencia para el desarrollo, como el Banco Mundial y los bancos regionales de desarrollo, así como a los gobiernos, para que, en sus programas de asistencia bilateral, prestaran apoyo al programa de cooperación y asistencia técnicas de la Comisión, y para que cooperaran con ella y coordinaran sus actividades con las de la Comisión. Asimismo, la Asamblea General destacó la importancia de que se diera curso en el derecho interno a las convenciones nacidas de la labor de la Comisión en pro de la armonización y unificación progresivas del derecho privado y, a tal fin, exhortó a los Estados que aún no lo hubieran hecho a que consideraran la posibilidad de firmar o ratificar esos instrumentos o de adherirse a ellos.

5. En la presente nota se reseñan las actividades de cooperación y asistencia técnicas realizadas por la Secretaría desde la fecha de la nota anterior, que se presentó a la Comisión en su 41º período de sesiones, celebrado en 2008 (A/CN.9/652, de 8 de abril de 2008), y se informa sobre la obtención de recursos destinados a apoyar dichas actividades.

II. Actividades de cooperación y asistencia técnicas

6. Las actividades de cooperación y asistencia técnicas que realiza la secretaría de la CNUDMI sirven para promover la adopción por los Estados de sus textos legislativos, es decir de sus convenciones, leyes modelo y guías legislativas, y comprenden la prestación de asesoramiento a aquellos Estados que estudian la posibilidad de firmar o ratificar los instrumentos de la CNUDMI, o de adherirse a ellos, así como a los que estudian la posibilidad de adoptar una ley modelo de la CNUDMI o de utilizar alguna de sus guías legislativas. Dichas actividades impulsan también la aplicación práctica de esos textos y su interpretación uniforme. La labor de cooperación y asistencia técnicas puede consistir en: llevar a cabo misiones informativas o participar en seminarios y conferencias sobre textos de la CNUDMI organizados a nivel regional o nacional, prestar asistencia a los países en el estudio de su normativa mercantil actual para ver si procede reformarla; prestar asistencia en la preparación de normas legales por las que se incorporen al derecho interno los textos de la Comisión; prestar asistencia a los organismos al servicio del desarrollo internacional, tanto multilaterales como bilaterales, que

deseen valerse de textos de la CNUDMI para sus actividades y proyectos de reforma legislativa; prestar asesoramiento y asistencia a las organizaciones internacionales y de otra índole, tales como asociaciones profesionales, colegios de abogados, cámaras de comercio y centros de arbitraje, en orden a la aplicación de los textos de la CNUDMI; y organizar actividades de capacitación, destinadas al personal judicial y otros profesionales del derecho, sobre la aplicación e interpretación de las normas legales basadas en los textos de la CNUDMI.

7. Las actividades abajo descritas que van marcadas con un asterisco fueron financiadas por el Fondo Fiduciario para Simposios de la CNUDMI.

A. Actividades relativas a distintos temas

1. Actividades regionales

8. Desde el informe anterior, se emprendieron actividades de cooperación y asistencia técnicas en varias de las esferas temáticas mencionadas en el párrafo 1 del presente informe. La secretaría de la CNUDMI participó en los siguientes eventos regionales:

a) El 5º Foro Legal de la ASEAN (Asociación de Naciones del Asia Sudoriental) en el que se examinó la armonización del derecho mercantil de los países miembros de la ASEAN, insistiéndose en las ventajas de adherirse a los instrumentos internacionales pertinentes. Se examinaron entre otros temas: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (CIM), la Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas, la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas, y los textos de rango legal de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (Bangkok, 7 y 8 de mayo de 2008);

b) La Conferencia Internacional de Personal de la Abogacía de la Unión para el Mediterráneo del Proceso de Barcelona. La Secretaría informó en dicha Conferencia acerca de la CIM y de los textos legislativos de la CNUDMI relativos al arbitraje y al comercio electrónico, textos que tal vez deseen adoptar los miembros de la Unión (Niza (Francia), 28 y 29 de junio de 2008);

c) *Taller formativo sobre el derecho nacido de los tratados y la práctica jurídica al respecto, y sobre la aplicación interna de las obligaciones nacidas de un tratado, organizado por la Comunidad Económica de los Estados de África Occidental (CEDEAO) en colaboración con la Sección de Tratados de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, la CNUDMI, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) y la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y que se reunió en Ghana gracias a la hospitalidad del Ministerio de Relaciones Exteriores y de la Oficina del Fiscal General de este país. Este taller, al que asistieron países miembros de la CEDEAO, sirvió de foro para examinar la CIM, la Convención sobre las Comunicaciones Electrónicas, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional y la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, ambas de la CNUDMI, y la Convención de Nueva York. El Instituto Monetario del África Occidental (WAMI) y la secretaría de la CNUDMI organizaron una consulta para examinar la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, la Guía legislativa de la CNUDMI sobre operaciones

garantizadas y ciertas cuestiones relativas a los indicadores de fraude comercial (Accra, 10 a 12 de junio de 2008); y

d) Desde 2007, la Secretaría presta con regularidad asesoramiento a través de un subproyecto de aplicación regional de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa en el arbitraje comercial internacional, que es un componente del proyecto regional abierto de un fondo para Europa Sudoriental al servicio de la reforma legal, que corre a cargo de la Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ). En este proyecto participan Albania, Bosnia y Herzegovina, Croacia, la ex República Yugoslava de Macedonia, Montenegro y Serbia. En el contexto de este subproyecto, la Secretaría participó en las actividades siguientes: una reunión de expertos para examinar informes por países sobre la aplicación de la CIM y sobre la preparación de textos legales sobre el arbitraje por expertos nacionales (Becici (Montenegro), 16 a 19 de junio de 2008); una misión conjunta para examinar la adhesión por Albania a la CIM (Tirana, 14 a 17 de octubre de 2008); una mesa redonda durante el 21º curso de derecho natural de Kopaonik en el que se presentaron los informes por países sobre la CIM y la normativa interna aplicable al arbitraje (Kopaonik (Serbia), 15 de diciembre de 2008); una conferencia sobre el arbitraje y el concurso abierto de arbitraje simulado organizado conjuntamente por la GTZ y la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrado; y una mesa redonda regional celebrada durante el concurso de arbitraje simulado, para fomentar una aplicación uniforme de la CIM y la promulgación en esta región de los textos de arbitraje y relativos al comercio internacional de la CNUDMI (Belgrado, 27 a 29 de marzo de 2009).

2. Actividades por países

9. La Secretaría participó en las siguientes actividades de cooperación y asistencia técnicas de ámbito nacional referentes a temas que se mencionan en el párrafo 1 del presente informe:

a) Un seminario internacional sobre un derecho comercial uniforme: principios y prácticas aplicables, organizado por el Comité italiano de la Union International des Avocats y la Asociación Regional de la Abogacía de Triveneto para la presentación de la CIM y de los textos de la CNUDMI sobre arbitraje y conciliación (Venecia (Italia), 3 a 5 de octubre de 2008); y

b) Una conferencia internacional sobre el arbitraje institucional de litigios nacidos de contratos de obras y de infraestructura, organizada por el Consejo de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CIAC) para divulgar información sobre la CIM y los textos de la CNUDMI relativos al arbitraje y la construcción; y la conferencia "International Commercial Arbitration & Sale of Goods: UNCITRAL Perspective" organizada por la Federación de Cámaras de Comercio e Industria de la India (FICCI) y el Consejo de Arbitraje de la India (ICA) para presentar los textos de la CNUDMI sobre el arbitraje, la Convención de Nueva York y la CIM (Nueva Delhi, 16 a 18 de octubre de 2008);

c) Como parte del proyecto para Etiopía de la USAID y de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la Secretaría presentó una monografía sobre el fortalecimiento del entorno comercial en Etiopía mediante la reforma de su marco legal para el comercio internacional, como parte de los preparativos para el ingreso de Etiopía en la OMC. Esa monografía sugiere que cabría reforzar el marco legal

del país mediante su adhesión a la Convención de Nueva York y la CIM. Se tratará de dar seguimiento a las recomendaciones de esa monografía mediante actividades conjuntas con la USAID en 2009.

3. Sesiones informativas para las Misiones Permanentes en Viena

10. La Secretaría informó sobre la CNUDMI y sus métodos de trabajo en un Seminario de Orientación para Miembros de las Misiones Permanentes acreditadas ante las Organizaciones Internacionales en Viena, organizado por el Instituto de las Naciones Unidas para la Formación Profesional e Investigaciones (UNITAR) y la Oficina de las Naciones Unidas en Viena (30 y 31 de octubre de 2008). La Secretaría suele ofrecer con regularidad sesiones informativas en Viena sobre diversos temas.

11. La Secretaría se reunió con nueve Misiones Permanentes del Grupo Africano para examinar la forma de responder mejor a las necesidades de los países africanos, incrementando su participación en la labor legislativa de la CNUDMI y en la labor de cooperación y asistencia técnica (Viena, 5 de diciembre de 2008).

12. La Secretaría se reunió con las Misiones Permanentes de los países parte en el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR) y miembros del GRUCA (Grupo Centroamericano) para examinar cuestiones de interés mutuo en materia de cooperación y asistencia técnicas y de actividades al servicio de la integración económica regional mediante la adopción de textos legales uniformes (Viena, 18 de febrero de 2009).

13. La Secretaría impartió una sesión informativa para las Misiones Permanentes de los Estados miembros de la Unión Europea para mostrar la relación entre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002) y la directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos comerciales y civiles (Viena, 6 de octubre de 2008).

4. Otras actividades relativas a diversos temas

14. A instancias del Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo (ITCILO), la Secretaría aportó insumos de fondo y metodológicos para la introducción de un programa de ciencias de gestión sobre la gestión de la contratación pública. La Secretaría se encargó de impartir sesiones formativas en la sede del ITCILO en Turín (Italia) sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública (4 de septiembre de 2008) y la CIM (22 de octubre de 2008) y sobre los aspectos jurídicos de la contratación por vía electrónica en el marco de las leyes modelo de la CNUDMI sobre el comercio electrónico y la firma electrónica (11 de diciembre de 2008).

B. Compraventa de mercancías

15. La Secretaría se ha mantenido activa en orden al fomento de la adopción y de la interpretación uniforme de la CIM, tanto a nivel regional como por medio de las Misiones Permanentes ante las Naciones Unidas en Viena, Ginebra y Nueva York,

así como directamente en encuentros con las autoridades competentes de los países. En el marco de esta actividad, la Secretaría:

a) Participó en una conferencia internacional sobre el tema "El espíritu y la interpretación de la CIM" organizada por el Comité Directivo del Congreso de Tokio sobre la CIM, junto con la Facultad de Derecho de la Universidad de Tokio y el Instituto de Derecho Mercantil Internacional de la Pace University School of Law, y copatrocinada por los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Justicia del Japón y por la CNUDMI. Esta conferencia se celebró en julio de 2008 (Tokio, 16 a 18 de noviembre de 2008) a raíz de la adhesión del Japón a la CIM; y

b) Presentó una nota sobre la labor de fomento de la adopción de la CIM efectuada con ocasión de la conferencia internacional en honor de Peter Schlechtriem (1933-2007) sobre Perspectivas futuras de la CIM (Viena, 2 de abril de 2009).

16. Se prestó también asesoramiento a ciertos Estados en la fase final de su proceso de adopción del régimen de la CIM, prestándose particular atención a la formulación eventual de reservas y al depósito de los instrumentos de adhesión. Desde el informe anterior, Armenia, Japón y el Líbano han dado su adhesión a la CIM y Bélgica ha dado la suya a la Convención sobre la prescripción.

C. Solución de controversias

17. La Secretaría no cesó de promocionar los textos relativos al arbitraje y la conciliación, participando en actividades tanto regionales como por países, así como en actividades organizadas por instituciones arbitrales. Entre las actividades regionales cabe citar:

a) La reunión tripartita anual organizada por la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia, el Centro Nacional de Arbitraje de Mongolia y la Comisión de Arbitraje Económico y Comercial de China para examinar la contribución de la CNUDMI al desarrollo de un marco para el arbitraje comercial internacional en Asia Central (Ulan Bator, 9 y 10 de octubre 2008); y

b) Una conferencia regional organizada por el Centro Regional de El Cairo para el Arbitraje Comercial Internacional destinada al examen de la Convención de Nueva York y a la presentación del proyecto conjunto de la Asociación Internacional de Abogados y la CNUDMI para la supervisión de la aplicación legislativa de dicha convención (El Cairo, 10 y 11 de noviembre de 2008).

18. La Secretaría colaboró con cierto número de instituciones arbitrales y de organizaciones en:

a) Una conferencia sobre vías alternativas para la solución de controversias entre inversionistas y el Estado anfitrión, organizada por la secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y por el Ministerio de Justicia y la Agencia de Fomento de las Inversiones de Ucrania, para examinar el empleo del Reglamento de la Conciliación de la CNUDMI en la solución de controversias entre inversionistas y el Estado anfitrión (Kiev, 2 y 3 de junio de 2008);

b) Una conferencia organizada por la Asociación Sueca del Arbitraje (SAA) sobre "Principios de orden público del derecho interno en el arbitraje comercial internacional", en donde se pronunció una conferencia sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y se impartió orientación sobre la práctica judicial de invocar los principios de orden público del derecho interno para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales (Estocolmo, 4 y 5 de septiembre de 2008);

c) La conferencia anual de la Asociación Internacional de Abogados para presentar el proyecto conjunto CNUDMI/Asociación Internacional de Abogados de seguimiento del reconocimiento legislativo de la Convención de Nueva York (Buenos Aires, 15 a 18 octubre de 2008);

d) La conferencia sobre "Arbitraje comercial internacional en Rusia a la luz del desarrollo económico a escala mundial" organizada por la Cámara de Comercio e Industria de la Federación de Rusia para presentar la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional junto con las enmiendas de 2006 (Moscú, 17 de octubre de 2008);

e) La conferencia sobre "Casos de arbitraje internacional con intervención de litigantes del Mundo Árabe" organizada por el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo en donde se presentó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Estocolmo, 23 de octubre de 2008); y

f) La conferencia internacional sobre "Activación del arbitraje en asuntos comerciales" patrocinada por el Centro de Arbitraje Internacional de Dubai para pronunciar una conferencia sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Dubai (Emiratos Árabes Unidos), 11 a 14 de noviembre de 2008).

19. La Secretaría participó también en una conferencia acerca del "50º Aniversario de la Convención de Nueva York: problemática judicial suscitada por esta Convención", en donde informó a personal judicial asiático sobre la jurisprudencia más reciente relativa a esta Convención, a invitación del Colegio Nacional de la Judicatura de China y del Centro Cheung Kong de negociación y solución de controversias (Beijing, 10 a 13 de diciembre de 2008).

D. Contratación pública

20. A instancia del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública), la Secretaría estableció vínculos con otras organizaciones interesadas en la contratación pública en aras de una colaboración mutua, particularmente en lo concerniente a la labor de revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación de Bienes, Obras y Servicios, así como a la labor de divulgación de la Ley Modelo[26]. La Secretaría participó en las actividades siguientes:

a) Un taller sobre el Acuerdo sobre Contratación Pública de la OMC, organizado por la OMC, para presentar la labor de la CNUDMI en la esfera de la contratación pública (Ginebra (Suiza), julio de 2008);

[26] Véanse A/CN.9/575, párrs. 52 y 67, y A/CN. 9/615, párr. 14.

b) Una reunión del equipo de tareas sobre contratación pública de la Comisión de Derecho y Práctica Jurídica Internacional de la Cámara de Comercio Internacional, para presentar un informe de los dos períodos de sesiones del Grupo de Trabajo I de la CNUDMI en 2008 y sobre el estado avanzado de la labor para completar la revisión de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública (Viena, 11 de noviembre de 2008); y

c) El "Foro Internacional sobre la Contratación Pública" celebrado por la Universidad Central de Finanzas y de Economía de China para examinar la modernización del régimen de la contratación pública, así como los criterios de la CNUDMI para una contratación sostenible con arreglo a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (Beijing, 26 a 29 de noviembre de 2008).

21. La Secretaría imparte con regularidad breves sesiones informativas para el personal de las oficinas en los países de la UNODC sobre la aplicación de las normas relativas a la contratación pública de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción conforme al régimen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública como normativa aplicable.

E. Garantías reales

22. La Secretaría participó en cierto número de actividades para divulgar la Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas y la labor en curso del Grupo de Trabajo VI de la CNUDMI sobre las garantías constituidas sobre propiedad intelectual. Entre estas actividades cabe citar:

a) Una conferencia de derecho mercantil para un comercio a escala mundial organizada por la Sección de Derecho Comercial de la American Bar Association (ABA) para la divulgación de la Guía legislativa de la CNUDMI sobre las operaciones garantizadas (Frankfurt (Alemania), 29 y 30 de mayo de 2008);

b) La Octava Conferencia Anual del International Insolvency Institute para examinar el régimen aplicable a las garantías reales constituidas sobre derechos de propiedad intelectual licenciados, en un supuesto de insolvencia (Berlín, 9 y 10 de junio de 2008); y

c) La conferencia internacional sobre la financiación de ideas o prácticas innovadoras reunida con ocasión del Quinto Galardón de Venecia para estudios sobre protección de la propiedad intelectual, organizada por la Academia Europea de Patentes y la Oficina Italiana de Patentes y Marcas, en la sede de la Universidad de Venecia, en la que se presentó la labor de la CNUDMI sobre las garantías constituidas sobre propiedad intelectual (Venecia (Italia), 26 a 28 de noviembre de 2008).

F. Transporte

23. La Secretaría participó en la 39ª Conferencia del Comité Marítimo Internacional para presentar y promover el entonces proyecto de convenio sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (Atenas, 14 a 16 de octubre de 2008).

24. La Secretaría contribuyó, junto con la Sociedad Árabe de Derecho Marítimo y Comercial, el Comité Marítimo Internacional y el Institut Mediterranéen Maritime, a la organización de la tercera Conferencia Árabe de Derecho Comercial y Marítimo sobre el tema "Las Reglas de Rotterdam de 2009, ventajas de la uniformidad sobre la diversidad en el régimen aplicable al transporte marítimo de mercancías". La Conferencia estuvo dedicada al estudio del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías total o parcialmente Marítimo, prestándose particular atención a su idoneidad para responder a las necesidades de los países árabes (Alejandría (Egipto), 18 y 19 de abril de 2009).

G. Insolvencia

25. La Secretaría fomentó la adopción y aplicación de los textos en materia de insolvencia, particularmente de la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza, mediante su participación en diversos foros internacionales. Participó al respecto en:

a) Una conferencia sobre "las operaciones garantizadas en el marco de la insolvencia: la reforma requerida en esta encrucijada" organizada conjuntamente por el Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo (BERD), la CNUDMI y el Banco Mundial (Washington, 5 y 6 de mayo de 2008) a fin de reunir a los principales interesados en el régimen de las operaciones garantizadas en el marco de la insolvencia, en un esfuerzo por explorar las cuestiones críticas que plantea la convergencia de estas dos ramas del derecho, así como para evaluar los criterios actuales acerca de estas cuestiones y para identificar puntos de acuerdo o de divergencia eventuales;

b) La 14ª Conferencia Anual Mundial de Insolvencia y Reorganización de Empresas patrocinada por la Asociación Internacional de Abogados, que estuvo dedicada a cuestiones de propiedad intelectual en el contexto de la insolvencia, así como a la práctica transfronteriza de la insolvencia y a cuestiones que han surgido al aplicarse la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (Estocolmo, 19 y 20 de mayo de 2008);

c) El segundo Campamento de Verano Judicial organizado por la iniciativa GRIP 21 para la prevención de la insolvencia con la colaboración de la CNUDMI, INSOL Europa y el International Insolvency Institute, consagrado al estudio de cuestiones de actualidad y particularmente a la insolvencia transfronteriza. Asistieron al Campamento jueces de 15 países (París, 2 a 4 de julio de 2008);

d) La conferencia anual canadiense para el examen del régimen de la insolvencia organizada por el National Centre for Business Law de la Universidad de la Columbia Británica destinada a la presentación de la labor de la CNUDMI sobre grupos de empresas en la insolvencia transfronteriza (Banff (Canadá), 12 a 14 de febrero de 2009); y

e) Presentar, a invitación de la Academia de Derecho Europeo, una visión actualizada de la labor de la CNUDMI sobre el trato transfronterizo de los grupos de empresas en casos de insolvencia, con ocasión de una conferencia dedicada a los procedimientos de insolvencia transfronteriza (Trier (Alemania), 25 a 27 de marzo de 2009).

H. Comercio electrónico

26. La Secretaría participó, con órganos públicos y otras entidades de los países, en actividades conjuntas de divulgación de los textos legislativos de la CNUDMI sobre comercio electrónico, así como en actividades regionales.

27. Como actividades de ámbito regional cabe citar un simposio de alto nivel sobre el desarrollo de la capacidad regional para la negociación comercial sin papel, organizado por la Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico (CESPAP) de las Naciones Unidas y la Comisión Económica para Europa (CEPE) de las Naciones Unidas, en el que se examinó el marco jurídico requerido para instaurar un entorno comercial que permita negociar sin papel y por ventanilla única (Bangkok, 24 y 25 de marzo de 2009).

28. Cabe citar además:

a) La reunión anual de 2008 del Instituto de Derecho Internacional (IDI), para presentar la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Turín (Italia), 6 y 7 de junio de 2008); y

b) Un taller sobre derecho informático organizado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) en colaboración con el Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador y con el patrocinio del Gobierno Español, para presentar los textos de rango legal de la CNUDMI a funcionarios de alto rango del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR) y de los Estados miembros del GRUCA (San Salvador, 23 a 27 de marzo de 2009).

29. *La Secretaría participó también en el "Tercer Taller Internacional de Comercio Electrónico de La Habana" coordinado por la Empresa de Gestión Informática y las Comunicaciones (GESEI) para pronunciar conferencias sobre textos de la CNUDMI relativos al comercio electrónico y su importancia para los países en desarrollo. En el curso de esta misión, se celebraron reuniones por separado con representantes de la judicatura y de la administración pública a fin de examinar la normativa legal en materia de comercio electrónico de Cuba a la luz de los textos de rango legal de la CNUDMI y para informar acerca de la labor de un grupo jurídico conjunto de la Organización Mundial de Aduanas (OMA) sobre la gestión coordinada de fronteras incorporando la denominada Ventanilla Única Internacional (La Habana, 9 a 16 de febrero de 2009).

I. Asistencia en la preparación de textos legales

30. En el contexto de un programa FIAS-Banco Mundial (Servicio de asesoramiento del Banco Mundial en materia de inversiones), se hicieron observaciones acerca de un estudio concerniente al Acte Uniforme de 17 de abril de 1997 por el que se organizaba una sección de las garantías reales en la Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA).

31. Se hicieron también observaciones sobre diversos proyectos de texto concernientes al arbitraje, entre los que cabe citar: los proyectos de enmienda al

régimen del arbitraje de Mongolia; un proyecto de ley federal de los Emiratos Árabes Unidos sobre el arbitraje y la ejecutoriedad del laudo arbitral; un proyecto de ley de Viet Nam sobre el arbitraje; un proyecto de ley de Uzbekistán sobre su Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional y un proyecto de ley de Mauricio sobre el arbitraje internacional.

III. Actividades de coordinación

32. La secretaría de la CNUDMI participa, conforme a su mandato[27], en una serie de reuniones y grupos de trabajo de otras organizaciones activas en la esfera del derecho mercantil internacional en aras de la coordinación de sus tareas en curso.

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

33. La Secretaría participó en las siguientes reuniones del Unidroit:

a) Consejo de Administración del Unidroit (Roma, 21 a 23 de abril de 2008);

b) Taller sobre los Principios del Unidroit destinado a la revisión de esos principios (Roma, 25 a 31 de mayo de 2008);

c) Conferencia diplomática para la aprobación del proyecto de convenio del Unidroit sobre el régimen sustantivo aplicable en materia de valores depositados en poder de un intermediario (Ginebra (Suiza), 8 a 12 de septiembre de 2008); y

d) Período de sesiones conjunto de la Asamblea General del Unidroit y de su Comité de Expertos Nacionales para la finalización y aprobación de la ley modelo sobre el arrendamiento financiero (Roma, 10 a 13 de Noviembre de 2008).

2. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

34. La Secretaría participó en las siguientes reuniones de la Conferencia de La Haya:

a) Reunión de enlace jurídico (La Haya, 14 y 15 de mayo de 2008); y

b) Consejo de Política y Asuntos Generales (31 de marzo a 2 de abril de 2009).

3. Otras organizaciones

35. Otras actividades de coordinación han dado lugar a la participación y en ocasiones a la presentación de ponencias acerca de la labor de la CNUDMI en las siguientes reuniones:

a) Sobre temas generales

i) Reunión de los comités científicos para los programas de licenciatura y de posgrado del Centro Internacional de Formación de la OIT (Turín (Italia), 16 de diciembre de 2008);

[27] Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, secc. II, párr. 8.

ii) Conferencia patrocinada por la Asociación de Derecho Internacional (ILA), British Branch: Does International Law Mean Business? – A Partnership for Progress (Londres, 15 a 18 de mayo de 2008); y

iii) Curso anual de posgrado en derecho mercantil internacional, e invitación del Centro Internacional de Formación de la Organización Internacional del Trabajo (ITCILO) y del Instituto Universitario de Estudios Europeos, para pronunciar conferencias sobre la labor de la CNUDMI (Turín (Italia), 24 y 25 de marzo de 2009).

b) Solución de controversias

i) Una reunión de la Comisión de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) donde se hizo la presentación de un proyecto de la CNUDMI y de la Asociación Internacional de Abogados en pro de la promulgación legal de la Convención de Nueva York y se examinó la sinergia entre ese proyecto y el proyecto de la CCI destinado a preparar un informe para los profesionales del derecho sobre el régimen procesal interno para el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros (París, 23 a 25 de abril de 2008); y

ii) La Conferencia de Arbitraje organizada conjuntamente, en 2009, por el Centro Internacional de Arbitraje de Viena (VIAC) de la Cámara Federal Económica de Austria y la CNUDMI para presentar la labor en curso del Grupo de Trabajo II de la CNUDMI para la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y el proyecto CNUDMI/Asociación Internacional de Abogados en pro de la interpretación armónica y la interpretación efectiva de la Convención de Nueva York (Viena, 2 y 3 de abril de 2009).

c) Contratación pública

i) Una consulta sobre las cláusulas de estabilización y los derechos humanos, organizada por el Representante Especial del Secretario General sobre cuestiones comerciales y derechos humanos, en donde se examinó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública y la labor futura acerca del recurso al arbitraje en casos concernientes a inversiones financieras, y se examinaron también cuestiones relativas a la Guía legislativa sobre proyectos de infraestructura con financiación privada (Londres, 22 de mayo de 2008);

ii) La Conferencia Asiática contra la Corrupción, organizada por el Comité Nacional de Integridad y Transparencia de Qatar, en la que se abordaron cuestiones relativas a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (Doha (Qatar), 8 a 11 de junio de 2008); y

iii) Una consulta entre diversos interesados en cuestiones de derechos humanos suscitadas por las cláusulas de estabilización, que fue organizada por el Representante Especial del Secretario General en cuestiones de derechos humanos, empresas transnacionales y otras empresas y que tuvo lugar en la Universidad de Pretoria (Pretoria, 21 de octubre de 2008).

d) Operaciones garantizadas

La Conferencia sobre Financiación de la Propiedad Intelectual de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en donde se presentó la Guía Legislativa sobre las operaciones garantizadas y la labor de la CNUDMI en

materia de garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual (Ginebra (Suiza), 10 y 11 de marzo de 2009).

e) Insolvencia

i) Una reunión de un equipo de tareas del Banco Mundial sobre los derechos de los acreedores en el contexto de la insolvencia y de su grupo de trabajo sobre la insolvencia y las instituciones financieras no bancarias, dedicada al examen de las repercusiones para el régimen de la insolvencia de ciertos casos de insolvencia reciente de instituciones financieras no bancarias y de conglomerados financieros complejos destinada a mejorar la respuesta que cabe dar a través del régimen de la insolvencia a ciertas cuestiones de índole jurídica o de política comercial (Washington, 12 y 13 de enero de 2009);

ii) Un foro del Banco Mundial dedicado al examen de la financiación del desarrollo del sector privado (2009) en el que se examinó la reforma del régimen de la insolvencia y el impacto recíproco entre la labor del Banco Mundial y de la CNUDMI (Washington, 25 de febrero de 2009); y

iii) La conferencia conmemorativa del décimo aniversario del Instituto Suizo de Derecho Comparado para examinar, en una mesa redonda, junto con el Unidroit, la Conferencia de La Haya y la Unión Europea, ciertas experiencias transnacionales en diversas esferas del derecho privado internacional; la CNUDMI habló en esta ocasión del régimen de la insolvencia (Lausana (Suiza), 19 de marzo de 2009).

f) Comercio electrónico

La primera reunión de un equipo jurídico conjunto de la Organización Mundial de Aduanas y la CNUDMI sobre una gestión fronteriza coordinada mediante la incorporación del método de la ventanilla única, que estuvo dedicada al estudio de los aspectos jurídicos de la instauración de un servicio transfronterizo de ventanilla única con miras a preparar un documento de consulta internacional sobre los aspectos jurídicos de la creación y gestión de un servicio de ventanilla única (Bruselas, 17 a 21 de noviembre de 2008)[28].

[28] En su 42º período de sesiones, la Comisión tendrá ante sí una nota de la Secretaría (A/CN.9/678) en la que se actualiza la labor acerca de la labor del Equipo Jurídico Conjunto, de la Organización Mundial de Aduanas y de la CNUDMI, sobre gestión transfronteriza coordinada mediante la incorporación de un Sistema Internacional de Ventanilla Única.

(A/CN.9/675 y Add.1) [Original: inglés]

Nota de la Secretaría sobre la cooperación y asistencia técnicas

ADICIÓN

ÍNDICE

		Párrafos
IV.	Difusión de información	1-27
	A. Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (CLOUT)	2-14
	B. Sitio de la CNUDMI en Internet	15-17
	C. Biblioteca	18-21
	D. Publicaciones	22-23
	E. Comunicados de prensa	24-25
	F. Consultas generales	26
	G. Conferencias informativas en Viena	27
V.	Recursos y financiación	28-36
	A. Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI	28-32
	B. Fondo Fiduciario de la CNUDMI destinado a conceder asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que la integran	33-36

IV. Difusión de información

1. Diversas publicaciones y documentos preparados por la CNUDMI constituyen instrumentos fundamentales para sus actividades de cooperación y asistencia técnicas, en particular para la difusión de información sobre su labor y sus textos. Estos medios se han ido desarrollando a fin de seguir incrementando la facilidad de difusión y asegurar que la información se mantenga actualizada. Todas las publicaciones recientes pueden obtenerse tanto en forma impresa como electrónica.

A. Jurisprudencia de los tribunales sobre textos de la CNUDMI (CLOUT)

2. El sistema CLOUT, establecido para recopilar y difundir jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI, sigue siendo un instrumento importante de las actividades de cooperación y asistencia técnicas realizadas por la Comisión. La amplia distribución de los documentos de la serie CLOUT en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas favorece la interpretación y aplicación uniformes de los textos de

la CNUDMI al facilitar el acceso a los fallos y laudos de órganos de muchas jurisdicciones.

3. El sistema se actualiza periódicamente con nuevos resúmenes, y se recopilan, aunque no se publican, los textos íntegros de los fallos judiciales y los laudos arbitrales. A la fecha de la presente nota se habían preparado para su publicación 83 números de la serie CLOUT en que se reseñaban 851 casos, relativos principalmente a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CIM), la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (MAC), la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico.

4. A finales de 2008, el compendio revisado sobre jurisprudencia relativa a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías se publicó tanto en forma impresa (versión en idioma inglés) como en el sitio de la CNUDMI en Internet. La traducción al español se está ultimando, y las versiones en árabe, chino, francés y ruso de dicho Compendio revisado se encuentran disponibles en el sitio antes mencionado.

5. A partir de febrero de 2008 se publica cada trimestre un Boletín de Jurisprudencia de los Tribunales sobre Textos de la CNUDMI. El Boletín tiene por objeto reforzar los vínculos entre la Secretaría, sus corresponsales nacionales, sus colaboradores institucionales y la comunidad jurídica internacional. Proporciona información sobre las novedades más recientes del sistema CLOUT y contiene un breve resumen de las actividades de asistencia técnica realizadas recientemente por la CNUDMI.

6. Se preparó y distribuyó un folleto informativo relativo al sistema CLOUT para informar ampliamente acerca de ese sistema y, al mismo tiempo, promover contribuciones voluntarias que complementen las que le aportan los corresponsales nacionales.

La red de corresponsales nacionales

7. Como acordó la Comisión en su 21º período de sesiones, celebrado en 1988, el sistema CLOUT funciona gracias a una red de corresponsales nacionales nombrados por Estados Miembros que sean partes en algún convenio o convención o que hayan promulgado leyes basadas en alguna ley modelo (véase la Guía del usuario con signatura A/CN.9/SER.C/GUIDE/1/Rev.1). Está previsto que los corresponsales nacionales, ya sea a título individual o en calidad de órgano o institución específicos, se ocupen de observar y recopilar las decisiones judiciales y los laudos arbitrales y de preparar resúmenes de las decisiones y laudos que se consideren pertinentes. La presentación de los resúmenes por los corresponsales nacionales está supeditada a la disponibilidad de jurisprudencia apropiada en el país respectivo.

8. Actualmente hay 88 corresponsales nacionales, que representan a 69 países, y algunos fueron nombrados en las primeras etapas del sistema.

9. La experiencia indica que, tras unos años, cambios de función profesional, intereses de carrera y otros cambios profesionales podrían afectar el nivel de participación de los corresponsales nacionales. Podría darse el caso de que quienes son nombrados corresponsales nacionales ya no se encuentren en condiciones de

suministrar la información solicitada por el sistema CLOUT o de participar activamente en la red CLOUT. También cabe mencionar el creciente interés en el sistema CLOUT como resultado del éxito y la expansión constante del Concurso Simulado Willem Vis Moot. Bastantes participantes actuales y antiguos han adquirido interés y experiencia cada vez mayores en la CIM y el arbitraje y han tratado de contribuir a la recopilación de los casos que figuran en la serie CLOUT.

10. La Comisión tal vez desee considerar el modo en que se podría contribuir periódicamente a la recopilación de casos con continuidad. Ello podría lograrse, por ejemplo, solicitando a los Estados Miembros que han nombrado corresponsales nacionales confirmar periódicamente dicho nombramiento, por ejemplo, cada quinquenio. Esa opción posibilitaría racionalizar la red sistemáticamente, conservando a los corresponsales que aspiren a seguir participando activamente y, al mismo tiempo, ofreciendo la posibilidad de integrar en ella a nuevos expertos. Al considerar esa posibilidad, la Comisión tal vez desee también examinar el modo y momento oportunos y, en particular, las repercusiones para los actuales corresponsales nacionales.

11. A efectos de prestar asistencia a la red de corresponsales nacionales en relación con los cambios definitivos del sistema de administración, la Secretaría podría revisar y ampliar las directrices vigentes para facilitar una mejor coordinación.

12. Si bien la red de corresponsales nacionales es y debe seguir siendo el pilar principal del sistema CLOUT, es necesario que los países que ya participan en ese sistema recopilen jurisprudencia con mayor celeridad y exhaustividad. Es necesario asimismo tratar de que se recopile jurisprudencia de un mayor número de países, en particular de los que actualmente no están suficientemente representados en el sistema. Por ello, la Comisión tal vez desee pedir a la Secretaría que utilice todas las fuentes informativas disponibles que pudieran complementar la información suministrada por los corresponsales nacionales. En los casos en que se haya nombrado un corresponsal nacional, la Secretaría llevaría a cabo dicha labor en colaboración con ese corresponsal.

Perfeccionando CLOUT

13. El sistema CLOUT desempeña un papel importante en el contexto jurídico-económico actual a nivel mundial. Ofrece información en seis idiomas sobre jurisprudencia de todo el mundo en la que se aplican textos de la CNUDMI y por consiguiente presta asistencia a los profesionales del derecho, jueces y catedráticos de derecho en sus esferas de actividad. Proporciona también la base para el análisis de las tendencias interpretativas que constituye una parte esencial de los Compendios sobre jurisprudencia. Además, el sistema contribuye a la promoción de los textos jurídicos de la CNUDMI dado que demuestra que los textos son objeto de jurisprudencia procedente de una gran diversidad de países y que jueces y árbitros en diferentes latitudes contribuyen al perfeccionamiento de su interpretación.

14. No obstante, para que el sistema CLOUT siga siendo un instrumento útil, es necesario un aumento periódico de la recopilación de resúmenes y un control de su calidad, asimismo un mantenimiento y mejoramiento constantes del motor de búsqueda, una coordinación periódica de la red de corresponsales nacionales y una

supervisión de otras fuentes de información sobre jurisprudencia disponibles. También es preciso que se promueva el sistema CLOUT entre posibles nuevos usuarios, en particular los de los países con economías en transición y los de los países en desarrollo. Esas actividades precisan muchos recursos y actualmente la Secretaría está empleando al máximo los recursos de que dispone para garantizar la coordinación del sistema. Dada la evolución del sistema CLOUT desde su establecimiento y la previsión de un mayor aumento de la recopilación y difusión de jurisprudencia sobre textos de la CNUDMI, es fundamental mantener adecuadamente el sistema y su capacidad de gestionar un mayor volumen de resúmenes y para ello es necesario complementar los recursos asignados a la Secretaría. A su vez, la Secretaría está examinando posibles soluciones a ese respecto, ya que se necesitarían otros fondos distintos del presupuesto ordinario de la División. La Comisión tal vez desee prestar asistencia a la Secretaría solicitando a los Estados Miembros que brinden su apoyo para determinar fuentes de financiación apropiadas a nivel nacional para garantizar el funcionamiento adecuado del sistema.

B. Sitio de la CNUDMI en Internet

15. El sitio en Internet, que puede consultarse en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas, contiene los documentos íntegros de la CNUDMI y otro material relativo a la labor de la Comisión, como publicaciones, información sobre el estado de aplicación de los tratados, comunicados de prensa, últimos acontecimientos y noticias. La mayoría de los documentos oficiales figura en el Sistema de Archivo de Documentos (ODS), pero algunos documentos más antiguos pueden obtenerse directamente del sitio de la CNUDMI en Internet. Este sitio en Internet se mantiene y desarrolla sin que ello suponga gastos adicionales para la Secretaría.

16. En 2008, el sitio de la CNUDMI en Internet recibió más de un millón de visitas de diversas partes del mundo, con lo que alcanzó una media de 2.857 visitas diarias. Alrededor del 55% de las visitas proceden de América del Norte, el 15% de Europa occidental y oriental, el 8% de Asia, el 7% de Oceanía y el 15% restante de América del Sur, África y el Oriente Medio. Aproximadamente el 45% de las consultas corresponden a las páginas en inglés; el 30%, a las páginas en español y en francés, y el 25% restante, a las páginas en árabe, chino y ruso.

17. El contenido del sitio en Internet se actualiza y expande constantemente. En particular, los documentos oficiales de la CNUDMI relativos a sus anteriores períodos de sesiones se incorporan continuamente al ODS y pueden consultarse en el sitio en Internet gracias a un proyecto de digitalización de los archivos de la CNUDMI realizado conjuntamente con la Dependencia de Gestión de Documentos de la ONUV en Viena. En 2008, se publicaron en el sitio de la CNUDMI en Internet unos 200 documentos oficiales adicionales desde 1972 a 1992.

C. Biblioteca

18. Desde su creación en 1979, la Biblioteca jurídica de la CNUDMI ha estado al servicio de las necesidades en materia de investigación del personal de la Secretaría y de los participantes en las reuniones intergubernamentales convocadas por la

Comisión. También ha sido útil para la labor de investigación por parte del personal de las misiones permanentes, otras organizaciones internacionales con sede en Viena, investigadores externos y estudiantes de derecho.

19. La colección de la Biblioteca jurídica de la CNUDMI versa principalmente sobre derecho mercantil internacional y actualmente comprende más de 10.000 monografías, 150 títulos de revistas en circulación, documentación de referencia de carácter jurídico y general, incluidos documentos de las Naciones Unidas sobre temas distintos de la CNUDMI, y documentos de otras organizaciones internacionales, así como recursos electrónicos (para su utilización interna únicamente). Actualmente se está tratando de ampliar las colecciones en los seis idiomas oficiales de las Naciones Unidas.

20. La Biblioteca jurídica de la CNUDMI mantiene un catálogo informático de acceso público (On line public access catalogue (OPAC)) juntamente con otras bibliotecas de las Naciones Unidas en Viena y también con el apoyo técnico de la Biblioteca de las Naciones Unidas en Ginebra. El OPAC es accesible a través de la página de la biblioteca del sitio de la CNUDMI en Internet. En 2008, con la asistencia de la Biblioteca Dag Hammarskjöld de las Naciones Unidas en Nueva York y la Biblioteca de las Naciones Unidas en Ginebra, se incorporaron el tesauro del UNBIS y la lista de autoridades al OPAC. Los datos bibliográficos incorporados ayudan a racionalizar la catalogación de la Biblioteca conforme a las normas de catalogación del UNBIS.

21. El personal de la Biblioteca jurídica de la CNUDMI prepara para la Comisión una bibliografía anual de obras relacionadas con la labor de la CNUDMI. Dicha bibliografía incluye referencias a libros, artículos y ponencias en diversos idiomas, clasificados por tema (véase el documento A/CN.9/673). Cada ficha bibliográfica se incorpora al OPAC, y se mantiene una colección de los textos íntegros de todos los materiales citados en la colección de la Biblioteca. En la sección de bibliografía del sitio en Internet figuran actualizaciones mensuales a partir de la fecha de la última publicación anual.

D. Publicaciones

22. Además de los documentos oficiales, la CNUDMI ha venido manteniendo dos series de publicaciones, que comprenden el texto de todos los instrumentos preparados por la Comisión y el *Anuario* de la CNUDMI. Los Anuarios de la CNUDMI correspondientes a 2002, 2003 y 2004 se publicaron desde la fecha de la nota anterior, que se presentó a la Comisión en su 40º período de sesiones, celebrado en 2008 (A/CN.9/652, de 8 de abril de 2008). En febrero de 2009 se publicó un libro titulado "*Promoting confidence in electronic commerce: legal issues on international use of electronic authentication and signature methods*" (la versión en inglés ya se encuentra disponible; las versiones en los demás idiomas oficiales de las Naciones Unidas se publicarán en breve). La recopilación de textos jurídicos de la CNUDMI en CD-ROM, estará disponible en 2009.

23. Periódicamente se emiten publicaciones en apoyo de las actividades de cooperación y asistencia técnicas realizadas por la Secretaría, así como por otras organizaciones en cuyo seno se examina la labor de la CNUDMI, y en el contexto de los trabajos de reforma de leyes nacionales.

E. Comunicados de prensa

24. A fin de contar con más información actualizada sobre la situación de los textos de la CNUDMI y su elaboración, está haciendo lo posible para publicar comunicados de prensa cuando se adoptan medidas relativas a tratados o se recibe información sobre la adopción de una ley modelo. Esos comunicados se transmiten a las partes interesadas por correo electrónico y se difunden en el sitio en Internet de la Comisión, así como en el del Servicio de Información de las Naciones Unidas (SINU) en Viena.

25. Para que la información que se recibe sobre la adopción de leyes modelo de la CNUDMI sea más precisa y oportuna dado que esa adopción no requiere un trámite oficial con la Secretaría de las Naciones Unidas, como es el caso en relación con tratados, y facilitar la emisión de comunicados de prensa, la Comisión tal vez desee solicitar a los Estados Miembros que notifiquen a la Secretaría cuando promulguen leyes para aplicar una ley modelo.

F. Consultas generales

26. Actualmente la Secretaría atiende alrededor de 2.000 consultas generales al año, que se refieren, entre otras cosas, a aspectos técnicos y disponibilidad de los textos de la CNUDMI, documentos de trabajo, documentos de la Comisión y cuestiones conexas. Es posible, cada vez en mayor medida, responder a esas consultas remitiendo al interesado al sitio en Internet de la CNUDMI.

G. Conferencias informativas en Viena

27. Previa solicitud, la Secretaría dicta conferencias informativas internas sobre la labor de la CNUDMI a estudiantes universitarios y académicos, funcionarios gubernamentales y otros grupos. Desde que se presentó el último informe se han dictado conferencias a estudiantes y graduados universitarios y otros centros de estudios, así como a miembros de la profesión jurídica de Alemania, Georgia, la India, Eslovenia y los Estados Unidos de América.

V. Recursos y financiación

A. Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI

28. 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.

29. Los gastos en concepto de actividades de cooperación y asistencia técnicas no se sufragan con cargo al presupuesto ordinario. Por consiguiente, la capacidad de la Secretaría de ejecutar el componente de cooperación y asistencia técnicas del programa de trabajo de la CNUDMI depende de los fondos extrapresupuestarios disponibles.

30. El Fondo Fiduciario para los simposios de la CNUDMI sufraga actividades de cooperación y asistencia técnicas destinadas a los miembros del colectivo letrado de los países en desarrollo, financiando la participación de funcionarios de la Comisión u otros expertos en seminarios en que se presenten textos de la CNUDMI para su examen y posible adopción, y misiones de verificación para realizar evaluaciones de la reforma legislativa, 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 legislación en el ámbito mercantil.

31. La Comisión tal vez considere oportuno observar que, pese a los esfuerzos desplegados por la Secretaría para solicitar nuevas donaciones, los recursos restantes del Fondo Fiduciario serán suficientes únicamente para un número muy reducido de actividades de cooperación y asistencia técnica. Pese a los gastos proyectados para 2008, todavía se dispone de algunos fondos, pues se ha tratado de organizar las actividades de cooperación y asistencia técnica solicitadas lo más económicamente posible y mediante la cofinanciación y distribución de los gastos cuando ello ha sido factible. Una vez se agoten los fondos, las peticiones de cooperación y asistencia técnica que entrañen recursos para gastos de viaje u otros gastos conexos tendrán que denegarse, a menos que se reciban nuevas donaciones al Fondo Fiduciario o se obtengan otros recursos.

32. La Comisión tal vez desee formular de nuevo un llamamiento a todos los Estados, organismos y órganos competentes de las Naciones Unidas, organizaciones internacionales y otras entidades interesadas a que efectúen contribuciones al Fondo Fiduciario, de ser posible como contribuciones plurianuales, a fin de facilitar la planificación y de que la Secretaría pueda responder a las solicitudes de actividades de cooperación y asistencia técnica y elaborar un programa de asistencia técnica más sostenido y sostenible. La Comisión tal vez desee también pedir a los Estados Miembros que presten asistencia a la Secretaría para determinar fuentes de financiación en sus respectivos Gobiernos.

B. Fondo Fiduciario de la CNUDMI destinado a conceder asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que la integran

33. En el período que se examina, se recibió una contribución de Austria, Estado al que la Comisión tal vez desee expresar su gratitud.

34. 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 así establecido 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.

35. Para asegurar la participación de todos los Estados Miembros en los períodos de sesiones de la CNUDMI y sus grupos de trabajo, la Comisión tal vez desee reiterar su llamamiento a los órganos competentes del sistema de las Naciones Unidas, a organizaciones, instituciones y personas a que efectúen contribuciones

voluntarias al Fondo Fiduciario destinado a conceder asistencia para gastos de viaje a los países en desarrollo que la integran.

36. Cabe recordar 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.

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

Situación actual de las convenciones y leyes modelo

(A/CN.9/674) [Original: inglés]

Este documento no ha sido reproducido en el Anuario. La lista actualizada se puede solicitar a la secretaría de la CNUDMI o consultarse en el sitio web de la Comisión (www.uncitral.org).

Tercera parte

ANEXOS

I. ACTAS RESUMIDAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL

Finalización y aprobación de las Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza

Acta resumida de la 889ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, Viena, el miércoles 1 de julio de 2009, a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.889]

Presidente: Sr. Soogeun Oh (República de Corea)

Se declara abierta la sesión a las 9.35 horas.

Finalización y aprobación de las Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza (A/CN.9/WG.V/WP.86 y Add.1 a 3; A/CN.9/666 y 671)

1. **El Presidente** señala a la atención de los asistentes el proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza que figura en el documento A/CN.9/WG.V/WP.86; la recopilación de observaciones presentadas por los Gobiernos, que figura en las tres adiciones a ese documento, y los informes del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor de sus períodos de sesiones 35º y 36º, que figuran en los documentos A/CN.9/666 y A/CN.9/671 respectivamente.

2. La **Sra. Clift** (Secretaría) dice en su 39º período de sesiones, en 2006, que la Comisión acordó que la labor inicial de reunir experiencias prácticas sobre la negociación y utilización de acuerdos transfronterizos en materia de insolvencia se emprendiera oficiosamente mediante consultas con jueces, profesionales de la insolvencia y otros expertos, y se presentara a la Comisión un informe preliminar sobre los progresos realizados en su 40º período de sesiones, en 2007. Tras proseguir la labor y las consultas en 2007 y 2008, el Grupo de Trabajo V examinó una primera versión de las notas en su 35º período de sesiones, celebrado en noviembre de 2008, y decidió enviarla a los Gobiernos para que formularan observaciones, observaciones que se tuvieron en cuenta en una versión enmendada que el Grupo de Trabajo examinó en su 36º período de sesiones, en mayo de 2009. El Grupo recomendó, entre otras cosas, que en el título se cambiara "Notas" por "Guía de prácticas".

3. Desde ese período de sesiones se han aprobado acuerdos transfronterizos en dos importantes casos de insolvencia transfronteriza, los de Bernard Madoff y Lehman Brothers. En opinión de la Secretaría, ambos deberían incluirse en el proyecto de notas. El acuerdo de Lehman Brothers se refiere a un grupo de empresas y los procedimientos de insolvencia afectan a miembros del grupo que se encuentran en varios Estados. Para incluir una referencia a estos casos en el proyecto de notas solo habría que efectuar cambios de poca importancia y añadir resúmenes al anexo. No ha habido tiempo para preparar y traducir un texto adecuado, pero si la Comisión autoriza a la Secretaría, revisará y finalizará el proyecto de notas a la luz de los debates de la Comisión.

4. Quizá la Comisión desee también estudiar una resolución sobre el proyecto de notas que ha redactado la Secretaría.

5. **El Presidente** invita a que se formulen observaciones generales sobre el proyecto de notas de la CNUDMI.

6. El **Sr. Cooper** (International Association of Restructuring, Insolvency and Bankruptcy Professionals – INSOL International) dice que el proyecto de notas se va a aprobar en un momento oportuno a la luz de la crisis financiera mundial. Como cabe prever que en los próximos meses habrá más acuerdos transfronterizos, alienta a la Secretaría a que considere la posibilidad de mantener una base de datos de los casos pertinentes. No obstante, el proceso de actualización no debería retrasar la publicación.

7. El proyecto de notas de la CNUDMI fue muy bien acogido en el Coloquio Judicial celebrado dos semanas antes en Vancouver, al que asistieron unos 80 jueces de más de 40 países. Siempre ha sido motivo de preocupación determinar si es correcto que haya comunicación entre jueces y el proyecto de notas transmite un mensaje adecuado a este respecto. En ausencia de una práctica óptima aceptada internacionalmente, hasta ahora los jueces se han atenido a las recomendaciones de órganos profesionales. El proyecto de notas confirma que la comunicación entre jueces es apropiada y que redunda en beneficio de las economías afectadas.

8. El **Sr. Redmond** (Estados Unidos de América) dice que el Grupo de Trabajo y la Secretaría han preparado un texto excelente que contiene valiosa información de fondo. Además, en vista de la crisis financiera actual, también es un instrumento oportuno y beneficioso. Apoya la propuesta de cambiar el título por "Guía de prácticas".

Introducción, parte I (Antecedentes) y parte II (Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza: posibles formas de cooperación en el marco del artículo 27) (A/CN.9/WG.V/WP.86)

9. **El Presidente** invita a la Secretaría a que presente las partes I y II del proyecto de notas.

10. La **Sra. Clift** (Secretaría) dice que la parte I contiene información de fondo. En la sección I.A se observa lo inadecuado de los marcos legislativos internos e internacionales como base para la coordinación y la cooperación en procedimientos de insolvencia transfronteriza, y en la sección I.B se examinan varias iniciativas internacionales en la materia.

11. La parte II se centra en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, y en particular en las disposiciones sobre cooperación contenidas en el artículo 27. Si bien la Ley Modelo autoriza la cooperación transfronteriza y la comunicación entre jueces y representantes de la insolvencia, no especifica cómo deben ponerse en práctica. En la parte II se dan más detalles sobre los tipos de cooperación esbozados en el artículo 27, centrándose en posibilidades distintas de los acuerdos transfronterizos, que se abordan en la parte III.

12. El **Sr. Clark** (Estados Unidos de América) dice que, como juez en procedimientos de insolvencia, con frecuencia ha hablado con colegas de todo el mundo de la dificultad de aplicar los artículos 25 a 27 de la Ley Modelo. La "Guía de prácticas" ofrece un examen exhaustivo de la forma de lograr esa comunicación de manera compatible con los regímenes de la insolvencia existentes, que son muy diferentes. Su claridad y detalle son insuperables y será de gran utilidad para los jueces y para los administradores que colaboraban con ellos.

13. El **Sr. Marca Paco** (Estado Plurinacional de Bolivia), refiriéndose a la definición de "tribunal", que figura en el párrafo 8 y en el apartado f) del párrafo 13 del glosario (sección B de la introducción al documento), así como en la subsección III.B.3., titulada "Tribunales", dice que su Gobierno desea saber si las autoridades de todos los países afectados por un caso de insolvencia transfronteriza deben ser órganos judiciales, o si también pueden ser órganos administrativos, en el caso de que la estructura jurisdiccional y administrativa del país en cuestión así lo requiera. En particular, pregunta si la frase "[autoridad] de otra índole a la que competa el control o la supervisión de los procedimientos de insolvencia", que figura en el apartado f) del párrafo 13 del glosario es aplicable también a un órgano administrativo, o si la "[autoridad] de otra índole" debe ser en todos los casos de carácter judicial.

14. La **Sra. Clift** (Secretaría) dice que la definición de "tribunal" se ha utilizado desde que se aprobó la Ley Modelo sobre la Insolvencia

Transfronteriza y también aparece en la Guía Legislativa. Confirma que la intención es incluir a las autoridades judiciales y de otra índole que supervisen los procedimientos de insolvencia. Por ejemplo, no cabe duda de que el órgano administrativo que supervisa los procedimientos de insolvencia en Colombia, entraría en esa definición.

15. El **Sr. Marca Paco** (Estado Plurinacional de Bolivia) explica que, en su país, había un órgano nacional de supervisión competente en la reorganización de empresas en peligro de declararse insolventes. Ese órgano también se ocupaba de cuestiones transfronterizas, particularmente en un caso en que se ordenó la reorganización de un banco para evitar la insolvencia. No obstante, como resultado de una reestructuración institucional, la nueva entidad que desempeña las mismas funciones actúa bajo los auspicios del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, por lo que forma parte del poder ejecutivo. Desea saber si en el futuro esa circunstancia puede dificultar la conclusión de acuerdos transfronterizos por parte de su país.

16. La **Sra. Clift** (Secretaría) dice que la definición de "tribunal" pretende abarcar todos los órganos que supervisen cuestiones de insolvencia, sean o no de carácter judicial. La cooperación judicial transfronteriza solo es una forma de cooperación transfronteriza en los procedimientos de insolvencia. En muchas jurisdicciones, los tribunales no tienen un papel significativo en esa cooperación, que corresponde a los representantes de la insolvencia.

17. El **Sr. Redmond** (Estados Unidos de América) dice que en el proyecto de notas se ha procurado utilizar una terminología coherente con la empleada en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza y en la Guía Legislativa. Las definiciones de la Ley Modelo y la Guía Legislativa abarcan todo tipo de procedimientos administrativos y judiciales.

18. El **Sr. Marca Paco** (Estado Plurinacional de Bolivia) dice que la afirmación contenida en la segunda frase del párrafo 8 de la introducción al proyecto de notas, de que una autoridad que no cumpla ningún cometido judicialmente resolutorio en un procedimiento de insolvencia no podrá ser calificada como "tribunal", parece excluir el tipo de órgano administrativo a que se ha referido antes. Por tanto, propone que después de las palabras "cometido judicialmente resolutorio", se agregue "ni cometidos administrativos de adopción de decisiones".

19. La **Sra. Fall** (Senegal) dice que la primera frase hace referencia a una autoridad judicial o de otra índole que tenga competencia para controlar o supervisar un procedimiento de insolvencia. La segunda oración se refiere a una autoridad de otra categoría. Por ello propone que se sustituyan las palabras "Una autoridad", al principio de la segunda frase, por "Cualquier otra autoridad".

20. La **Sra. Sanderson** (Reino Unido) apoya la propuesta. Además, propone que se modifique la definición de "tribunal" que figura en el apartado "Términos y expresiones y sus definiciones" de la subsección B.2. para que diga: ""Tribunal": autoridad judicial o no judicial, según se defina en la legislación nacional, a la que competa el control o la supervisión de los procedimientos de insolvencia".

21. El **Sr. Marca Paco** (Estado Plurinacional de Bolivia) dice que lo que le plantea problemas son las palabras "judicialmente resolutorio" de la segunda frase del párrafo 8. No se puede decir que un órgano no judicial tenga tales funciones.

22. El **Sr. Clark** (Estados Unidos de América) dice que tal vez sería útil incluir una definición de los tipos de órganos administrativos que participan en los procedimientos de insolvencia en países como el Estado Plurinacional de Bolivia.

23. El **Sr. Sorieul** (Secretario de la Comisión) dice que, a diferencia de las versiones francesa e inglesa del documento, que solo se refieren a cometidos decisorios, la versión española se refiere a cometidos judicialmente resolutorios. Por tanto, se podría cambiar la versión española para que se ajuste a las demás versiones.

24. El **Sr. Otunga** (Kenya) apoya lo dicho por el Secretario y señala que la definición que figura en el párrafo 8 se ha tomado de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia.

25. El **Sr. Marca Paco** (Estado Plurinacional de Bolivia) propone que se elimine la frase "que no

cumpla ningún cometido judicialmente resolutorio en este", o que se elimine la segunda oración del párrafo 8 en su totalidad.

26. La **Sra. Sanderson** (Reino Unido) apoya la propuesta de que se elimine la segunda oración.

27. **El Presidente** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión está de acuerdo en que se elimine toda la oración.

28. *Así queda acordado.*

29. **El Presidente** entiende que la Comisión desea aprobar la introducción, la parte I y la parte II del proyecto de notas.

30. *Así queda acordado.*

Parte III (Acuerdos transfronterizos)
(A/CN.9/WG.V/WP.86)

Sección A: Cuestiones preliminares

31. **El Presidente** invita a la Secretaría a que presente la sección III.A.

32. La **Sra. Clift** (Secretaría) dice que en la parte III se describen las prácticas que actualmente se siguen en los acuerdos transfronterizos, sin sugerir que esas prácticas tengan que aplicarse en todas las jurisdicciones. Tampoco se sugiere que se utilice un acuerdo transfronterizo para eludir la legislación nacional ni para cambiar las obligaciones de las partes en virtud de esa legislación.

33. En la sección III.A se enumeran algunas de las cuestiones clave que se plantean en los acuerdos transfronterizos. Si bien antes el uso de esos acuerdos se limitaba a un número relativamente pequeño de países, es probable que su uso se propague al aumentar los casos de insolvencia que afectan a varias jurisdicciones. Como cada acuerdo se redacta para un caso concreto, decidir si se necesita uno es cuestión de opinión. Por ejemplo, tal vez se necesite un acuerdo en un caso en que diferentes jurisdicciones hayan ordenado diferentes medidas de amparo o exoneración con respecto a sus propios procedimientos, o cuando se desarrollen varios tipos diferentes de procedimientos de insolvencia en los Estados afectados, como una reorganización que suponga la sustitución de los directivos por representantes de la insolvencia en un foro, y el mantenimiento del deudor en posesión en otro foro.

34. No hay un momento fijo para negociar un acuerdo, que puede celebrarse antes de que se inicie el procedimiento, al principio del caso o durante el procedimiento, a medida que se planteen cuestiones. Los acuerdos suelen concluirse entre los representantes de la insolvencia, y a veces también incluyen al deudor o a los acreedores. En algunos casos los tribunales intervienen en la preparación de la negociación de un acuerdo, pero no aparecen formalmente como partes. La capacidad de celebrar un acuerdo depende de la ley nacional aplicable. En algunos Estados se reconoce explícita o implícitamente al representante de la insolvencia esa capacidad conforme al régimen de la insolvencia. En otros, puede necesitarse el consentimiento de los acreedores o la autorización de un tribunal.

35. No hay un formato uniforme de acuerdo transfronterizo. En la práctica se han concluido acuerdos verbalmente y por escrito. En algunas jurisdicciones es preciso que los acuerdos se celebren por escrito para que sean válidos, y se considera que son preferibles para que quede constancia de lo acordado. Se pueden emplear disposiciones habituales al principio de cada acuerdo, pero el contenido suele variar enormemente. Algunos ejemplos de disposiciones comúnmente utilizadas son las relativas a los métodos de comunicación entre los tribunales y a cuestiones como la modificación y extinción del contrato.

36. En algunos casos, el efecto jurídico de un acuerdo transfronterizo depende de la aprobación de los tribunales. De ser así, el acuerdo constituirá una orden judicial y, como tal, será ejecutable. De no ser así, podrá considerarse un simple contrato entre las partes. Generalmente se incluyen disposiciones de salvaguardia para que quede claro que el acuerdo no excluye la aplicación de la legislación aplicable, de una orden judicial ni de normas de orden público.

37. Como los procedimientos de insolvencia son prolongados, un acuerdo transfronterizo debe ser flexible y permitir las modificaciones e incluso la extinción. También cabe la opción de que las partes celebren primero un acuerdo preliminar y prevean

la redacción de uno o de varios acuerdos más en una etapa ulterior.

38. El **Sr. Redmond** (Estados Unidos de América) dice que una de las dificultades de los casos transfronterizos es que los procedimientos pueden duplicarse en diferentes jurisdicciones, lo que reduce enormemente el pago final a los acreedores y la capacidad de las empresas de reorganizarse. Los representantes de la insolvencia intentan establecer trámites uniformes para evitar la duplicación y garantizar que se trate por igual a todos los acreedores. Las disposiciones de la parte III.A constituyen una magnífica orientación para los profesionales y representantes de la insolvencia que tratan de lograr esa uniformidad, y además son un instrumento útil para ayudar a la judicatura a determinar si en un acuerdo se han abordado las principales cuestiones.

39. El **Sr. Cooper** (INSOL International) está de acuerdo con las observaciones formuladas y dice que en momentos difíciles se suele pensar que la solución reside en la reforma legislativa, cuando muchas veces es más necesario aún desarrollar la capacidad de las instituciones de enfrentarse a los problemas. Las cuestiones relativas a las mejores prácticas que se abordan en la parte III.A serán sumamente útiles y las orientaciones que se dan harán que los procedimientos de insolvencia sean menos costosos, con los consiguientes beneficios para acreedores, empleados y otros interesados.

Se suspende la sesión a las 10.50 y se reanuda a las 11.20 horas.

40. El **Sr. Bellenger** (Francia) dice que la expresión "acuerdos internacionales" (*accords internationaux*) que se utiliza en algunos pasajes de la parte III.A es demasiado general y no muy instructiva. Sugiere que se utilicen expresiones como "acuerdos de insolvencia internacionales" o "contratos de gestión de la insolvencia" de manera más sistemática.

41. El **Sr. Clark** (Estados Unidos de América) dice que en el proyecto de notas se dice "acuerdos transfronterizos" y se utiliza terminología lo más genérica posible para prever la multiplicidad de formas de celebrar esos acuerdos y permitir una cierta flexibilidad. En algunas jurisdicciones pueden ser los profesionales de la insolvencia quienes redactan inicialmente un acuerdo y lo presenten a un tribunal para su adopción o aprobación. En otras jurisdicciones, el acuerdo puede adoptar la forma de un memorando de entendimiento entre los administradores del procedimiento de la insolvencia, como ocurre en Alemania. En la reciente quiebra de Lehman Brothers, se tuvo que redactar un acuerdo que fuera aceptable en las múltiples jurisdicciones afectadas, algunas de las cuales aplican un sistema de inspiración romanista, otras, uno de *common law*, y otras disponen de órganos judiciales que desempeñan un papel más activo en el proceso que otros. Al emplear un término genérico se ha podido redactar un acuerdo en el que en cada jurisdicción puede participar la parte adecuada, siempre que la legislación local lo permita.

42. La **Sra. Muindi** (Kenya) se suma a la aclaración del representante de los Estados Unidos de América. Señala a la atención del representante de Francia el párrafo 9 de la introducción al proyecto de notas, en el que se aclara aún más la expresión "acuerdo transfronterizo".

43. El **Sr. Bellenger** (Francia) dice que la expresión inglesa "*cross-border agreement*" es más específica que su equivalente en francés, "*accord international*", que es extremadamente genérico. Le parece que deberían haberse utilizado las expresiones "contrato de gestión de la insolvencia" o "acuerdo de insolvencia transfronterizo" en todo el texto del proyecto de notas.

44. **El Presidente** sugiere que se busque una traducción al francés más adecuada de la expresión inglesa "*cross-border agreement*".

45. La **Sra. Fall** (Senegal) señala que en el título del proyecto de notas se dice "procedimientos de insolvencia transfronteriza" (*procédures d'insolvabilité internationale*). Por tanto, queda claro que toda mención de los "acuerdos transfronterizos" (*accords internationaux*) se refiere a acuerdos relativos a casos de insolvencia.

46. El **Sr. Cooper** (INSOL International) dice que es poco común que estas expresiones se incluyan en los documentos judiciales finales sobre los que se llega a un acuerdo. En esos documentos se suelen enumerar, bajo un título general, los casos y las partes afectados, y a continuación se

expone el fondo del asunto. El riesgo de que se considere que un acuerdo internacional tiene un alcance más amplio es insignificante.

47. El **Sr. Komarov** (Federación de Rusia) insiste en que habría que centrarse en la "insolvencia", y no en "transfronteriza". Por eso sugiere que toda referencia a "acuerdos transfronterizos" se sustituya por "acuerdos de insolvencia transfronteriza".

48. El **Sr. Redmond** (Estados Unidos de América), el **Sr. Bellenger** (Francia) y el **Sr. Schoefisch** (Alemania) apoyan la propuesta del representante de la Federación de Rusia.

49. La **Sra. Sanderson** (Reino Unido), con el apoyo del **Sr. Gandhi** (India), dice que en el apartado i) del párrafo 13 de la sección "Glosario" se define claramente la expresión "acuerdo transfronterizo". En su opinión, esa definición debería bastar para paliar las inquietudes planteadas por varias delegaciones.

50. El **Sr. Sato** (Japón) dice que el contexto en el que se utiliza la expresión "acuerdo transfronterizo" en el documento queda muy claro.

51. La **Sra. Muindi** (Kenya) pregunta si la expresión "acuerdo transfronterizo" ya se ha definido en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza o en la Guía Legislativa. De no ser así, está a favor de que se cambie tal como ha propuesto el representante de la Federación de Rusia.

52. La **Sra. Clift** (Secretaría) dice que la expresión no se ha utilizado ni en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza ni en la Guía Legislativa.

53. **El Presidente** propone una solución en que no se sacrifique la claridad en aras de la brevedad y pregunta si les parece aceptable utilizar la expresión "acuerdo de insolvencia transfronteriza" en todos los títulos y subtítulos, y "el acuerdo" en el cuerpo del texto. La primera vez que aparezca la expresión, se definirá claramente y se acompañará del comentario "en adelante llamado 'el acuerdo'".

54. *Así queda acordado*.

55. El **Sr. Bellenger** (Francia) refiriéndose al párrafo 17, que trata de la capacidad para celebrar un acuerdo transfronterizo, cuestiona la afirmación de que los tribunales de jurisdicciones de derecho civil no tienen la facultad discrecional judicial de que disponen los tribunales en jurisdicciones basadas en el *common law*. En algunas circunstancias ocurre precisamente lo contrario, y los jueces ejercen una autoridad discrecional considerablemente mayor en las jurisdicciones de derecho civil. Por ello, propone que se suprima la segunda oración del párrafo.

56. El **Sr. Schoefisch** (Alemania) dice que si la frase "un acuerdo que requiera la aprobación de un tribunal", que aparece al principio de la primera oración, se refiere a un requisito establecido en la legislación nacional de una jurisdicción de derecho civil, el juez en cuestión no tendrá ningún problema, porque la base legal para la decisión ya existe. Si significa que las partes convienen en que se requiere la aprobación de un tribunal, en ciertas jurisdicciones de derecho civil que no requieren la aprobación de un tribunal podría plantearse un problema. Por ello propone que se modifique la oración para que diga: "Si las partes convienen en que se requiere la aprobación de un tribunal, podrán plantearse problemas en algunas jurisdicciones de derecho civil, ya que en esas jurisdicciones la aprobación de un tribunal no está regulada por ley; no obstante, en esos casos es muy poco probable que las partes acepten esos términos, pues saben que tendrán problemas".

57. El **Sr. Clark** (Estados Unidos de América) apoya la propuesta del representante de Alemania. Aun así, opina que no es necesario mencionar las jurisdicciones de derecho civil y propone la siguiente redacción: "Tal vez las partes en un acuerdo deseen obtener la aprobación de un tribunal, pero en algunas jurisdicciones puede haber dificultades para obtener esa aprobación". Quizá en el proyecto de notas se deba indicar también el que los profesionales de la insolvencia redactan acuerdos cada vez más complejos en la esperanza de que no se requiera la aprobación de un tribunal.

58. El **Sr. Bellenger** (Francia) dice que no hay necesidad de comparar las jurisdicciones de derecho civil con las de *common law* de manera que se sugiera la inferioridad de las primeras. La razón para que se celebren tantos protocolos de insolvencia

transfronterizos entre países de *common law* se debe probablemente a que comparten un mismo idioma.

59. El **Sr. Cooper** (INSOL International) está de acuerdo con la sugerencia de que se eliminen referencias a las jurisdicciones de derecho civil. Recientemente un tribunal de Francia consideró procedente aceptar un acuerdo concertado por profesionales aunque no pudo encontrar base alguna para sellar el acuerdo. La actuación del tribunal en ese caso refleja una aceptación pragmática de que lo ocurrido redunda en provecho del caso, pero no llega a ser una "aprobación" formal. En el texto que apruebe la Comisión debe adoptarse un criterio de ese tipo.

60. El **Sr. Schoefisch** (Alemania) dice que con la nueva redacción sugerida por el representante de los Estados Unidos se disipan las inquietudes de su delegación.

61. **El Presidente** dice que la Secretaría revisará la primera oración del párrafo 17 según ha sugerido el representante de los Estados Unidos.

62. El **Sr. Schoefisch** (Alemania) observa que en la segunda oración del párrafo 18 se sugiere que algunos jueces pueden fallar de forma indebida por temor a que se les considere personalmente responsables, lo cual no es así. Por tanto, propone que se sustituyan las palabras "en algunos ordenamientos de derecho civil [...] los jueces podrían incurrir en responsabilidad personal" por la siguiente formulación: "en los ordenamientos de derecho civil los jueces suelen actuar sobre la base del derecho codificado. Si no se atienen a las disposiciones de la ley pueden incurrir en responsabilidad personal, como ocurre en otros ordenamientos".

63. El **Sr. Bellenger** (Francia) dice que la forma más sencilla de resolver el problema de los párrafos 17 y 18 consistiría en hablar de "algunas jurisdicciones", eliminando toda referencia a las jurisdicciones de derecho civil.

64. **El Presidente** entiende que la Comisión desea aprobar la sección III.A (Cuestiones preliminares) según se ha revisado para que refleje las observaciones y sugerencias de las delegaciones.

65. *Así queda acordado*.

Sección B: Cotejo de acuerdos de insolvencia transfronteriza

66. La **Sra. Clift** (Secretaría) presenta la sección B y dice que el propósito de esa sección es fomentar una mejor comprensión del contenido específico de los acuerdos transfronterizos y mostrar lo que puede hacerse y lo que se ha hecho en la práctica al utilizar esos acuerdos. El objetivo no es concebir un acuerdo uniforme que sirva para todos los casos, sino más bien describir el contenido y la estructura de una serie de acuerdos utilizados en casos recientes de insolvencia transfronteriza y mostrar los diferentes enfoques que se han adoptado ante los mismos temas. En la medida de lo posible, se ha procurado determinar los motivos por los que se han incluido diferentes disposiciones en acuerdos concretos. La sección B abarca una variedad de temas como el preámbulo, la terminología, las facultades y los cometidos de los tribunales, la administración de las actuaciones, el reparto de cometidos entre las partes en un acuerdo, la comunicación y la modificación, revisión y extinción de un acuerdo, entre otros.

67. Tal vez algunas cuestiones, como la terminología y las reglas de interpretación, sean menos controvertidas y resulte más fácil llegar a un acuerdo al respecto. De hecho, parece que se avanza hacia un cierto grado de estandarización respecto de esas cuestiones. Otros temas, como las disposiciones relativas a los tribunales, la administración de las actuaciones y el reparto de cometidos entre las partes en un acuerdo, quizá sean más difíciles de abordar, pues se refieren a cuestiones de mayor peso que pueden estar relacionadas con el derecho aplicable en los diferentes procedimientos de insolvencia.

68. Por ejemplo, en una disposición relativa a los tribunales, se pueden asignar a un tribunal cometidos concretos, como la venta de ciertos bienes. También se pueden exponer los factores que hay que considerar al determinar los cometidos de cada tribunal; por ejemplo, se puede asignar a cada tribunal la responsabilidad de aprobar las transacciones relativas a bienes ubicados en su jurisdicción. Es posible que algunas de las disposiciones que afectan a los tribunales deban ser aprobadas por un tribunal para ser efectivas, aunque puede obtenerse el mismo resultado

mediante un acuerdo entre las partes que no requiera la aprobación de un tribunal.

69. La parte B también contiene una serie de cláusulas a título de ejemplo, aunque no se pretende que sirvan de modelo, ni se sugiere que formen parte de un "protocolo modelo". Solo se han incluido a título ilustrativo.

70. El anexo al proyecto de notas contiene un breve resumen de los acuerdos transfronterizos a los que se hace referencia en la parte principal del texto. El propósito de los resúmenes es exponer una idea básica del asunto a que se refiere el acuerdo transfronterizo y hacer referencias a acuerdos que son del dominio público.

71. El **Sr. Clark** (Estados Unidos de América) observa que no cabe sobreestimar el valor de recopilar ejemplos concretos de acuerdos de insolvencia transfronteriza. Los países que se enfrentan a casos de insolvencia transfronteriza por primera vez a menudo buscan instrumentos que les sirvan de ayuda, y la recopilación de la sección B será un recurso valiosísimo. El hecho de que lleve el sello de la CNUDMI hará que tenga más peso a los ojos de los usuarios. Cabe felicitar encarecidamente a la Secretaría por la labor que ha realizado.

72. **El Presidente** dice que recientemente se han planteado dos casos muy importantes de insolvencia transfronteriza, los de Madoff y Lehman, y que la Comisión debería autorizar a la Secretaría a que actualice la sección B añadiendo información al respecto.

73. El **Sr. Redmond** (Estados Unidos de América) dice que el caso Lehman es probablemente uno de los procedimientos de insolvencia transfronteriza más extensos de la historia, mientras que el caso Madoff quizá sea el mayor fraude financiero jamás cometido, pues se trata de 50.000 millones de dólares, y afecta a inversores de muchos países. Los dos casos son buenos ejemplos del modo en que pueden tratarse las cuestiones subyacentes y sería útil incluirlos en el proyecto de notas. De lo contrario, se perdería una cantidad considerable de historia y experiencia.

74. **El Presidente** dice que, si no hay objeciones, entenderá que la Comisión desea autorizar a la Secretaría a que incluya información sobre los dos casos recientes de insolvencia y aprobar la sección III.B (Cotejo de acuerdos de insolvencia transfronteriza) del proyecto de notas, con esa modificación.

75. *Así queda acordado.*

76. **El Presidente** dice que el Grupo de Trabajo ha propuesto sustituir la palabra "Notas" del título por "Guía de prácticas". Como en su opinión el título es demasiado largo, sugiere que se acorte para que diga "Guía de prácticas sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza" y que se dé una explicación completa del título en el cuerpo del texto.

77. El **Sr. Schoefisch** (Alemania) y la **Sra. Sanderson** (Reino Unido) apoyan la sugerencia del Presidente.

78. El **Sr. Redmond** (Estados Unidos de América), apoyado por la **Sra. Fall** (Senegal), dice que sería útil mantener una referencia a la CNUDMI en el título revisado para que quede claro cuál es el origen del producto, dada la credibilidad de que goza la Comisión en la comunidad jurídica.

79. **El Presidente** dice que entiende que la Comisión desea aprobar el título modificado "Guía de prácticas de la CNUDMI sobre cooperación en la insolvencia transfronteriza".

80. *Así queda acordado.*

Se levanta la sesión a las 12.30 horas.

Finalización y aprobación de las Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza (*continuación*)

Acta resumida de la 890ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, Viena, el miércoles 1 de julio de 2009, a las 14.00 horas

[A/CN.9/SR.890]

Presidente: Sr. Soogeun Oh (República de Corea)

Se declara abierta la sesión a las 14.10 horas.

Finalización y aprobación de las Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza (A/CN.9/WG.V/WP.86 y Add.1 a 3; A/CN.9/666 y 671) (*continuación*)

1. **El Presidente** dice que la única cuestión pendiente en relación con la Guía de prácticas de la CNUDMI de cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza que se adoptó en la sesión anterior es si en ella debe incluirse el proyecto de decisión preparado por la Secretaría. Como de momento el proyecto de decisión solo está disponible en inglés, invita a la Secretaría a que lo lea en voz alta.

2. La **Sra. Clift** (Secretaría) lee en voz alta el siguiente proyecto de decisión:

"*Tomando nota* de que la expansión del comercio y de las inversiones da una mayor relevancia a los casos en que los negocios se realizan a nivel mundial y en que las empresas y las personas tienen bienes e intereses en más de un Estado,

Tomando nota también de que, en los casos en que el procedimiento de insolvencia se entable contra un deudor que tenga bienes en más de un Estado o contra empresas pertenecientes a un grupo que realice operaciones comerciales y tenga bienes en más de un Estado, suele ser generalmente necesario y urgente entablar una cooperación transfronteriza y coordinar la supervisión y la administración de los bienes y de los negocios de esos deudores individuales o de esas empresas pertenecientes a un grupo, iniciando, en su caso, múltiples procedimientos de insolvencia paralelos,

Considerando que la cooperación y la coordinación en los casos de insolvencia transfronteriza brindan muchas más posibilidades de salvar los negocios de las personas y de los grupos de empresas en situación financiera precaria,

Reconociendo que el conocimiento de la cooperación y la coordinación transfronterizas y de los medios para realizarlas no está muy extendido,

Convencida de que el hecho de ofrecer información fácilmente accesible sobre las prácticas actuales de coordinación y cooperación transfronterizas destinada a los jueces, a los profesionales de la insolvencia y a otras partes interesadas en procedimientos de insolvencia puede facilitar y promover esa cooperación y coordinación y evitar así demoras y costos innecesarios,

Recordando que la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza brinda un marco legislativo que facilita la coordinación y la cooperación transfronterizas dándoles eficacia,

1. *Adopta* la Guía de prácticas de la CNUDMI de cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza, que figura en el documento de trabajo A/CN.9/WG.V/WP.86, y autoriza a la Secretaría a agregar nueva información respecto de los acuerdos transfronterizos recientemente concertados y a introducir cambios de redacción en la *Guía*

de prácticas teniendo en cuenta las deliberaciones de la Comisión, y a finalizarla;

2. *Pide* al Secretario General que publique el texto de la Guía de prácticas, y que lo transmita a los gobiernos [, instituciones judiciales, tribunales] y otros órganos interesados y vele por que se difunda ampliamente y sea fácil de obtener;

3. *Recomienda* que, cuando proceda, los jueces, los profesionales de la insolvencia y otras partes interesadas en procedimientos de insolvencia transfronteriza tomen debidamente en consideración la Guía de prácticas;

4. *Recomienda* a todos los Estados que sigan planteándose la aplicación de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza."

3. El **Sr. Marca Paco** (Estado Plurinacional de Bolivia), en referencia al párrafo 2 del proyecto de decisión, dice que, al describir las entidades a las que se transmitirá la Guía, es importante incluir a otros órganos de adopción de decisiones además de los tribunales, a fin de dejar claro el alcance de la Guía. Si bien sabe que el término "tribunales" se refiere no solo a tribunales judiciales sino también a tribunales administrativos u otros órganos de adopción de decisiones, según la legislación de cada país, propone incluir las palabras "y otros órganos de adopción de decisiones" después de "tribunales", para que quede claro que el párrafo abarca toda la gama de instituciones relacionadas con cuestiones de insolvencia transfronteriza.

4. El **Sr. Schoefisch** (Alemania) dice que su delegación apoya plenamente el proyecto de decisión. En cuanto al párrafo 2, propone que se deje claro que se solicita a los gobiernos que transmitan la Guía de prácticas a las partes interesadas. Además, si se eliminan los corchetes convendría que la Secretaría informara a su delegación de las instituciones de Alemania que recibirán un ejemplar de la Guía.

5. El **Sr. Redmond** (Estados Unidos de América) propone que en el párrafo 2, después de la palabra "gobiernos" se agregue "y hacerlo llegar a instituciones judiciales, tribunales y otros órganos interesados".

6. La **Sra. Clift** (Secretaría) sugiere que se enmiende el texto para que diga: "y que lo transmita a los gobiernos, solicitándoles que lo difundan ampliamente a las instituciones judiciales, tribunales y otros órganos interesados". Parece haber acuerdo en que la intención es distribuir la Guía lo más ampliamente posible.

7. La **Sra. Sanderson** (Reino Unido) entiende que la Guía estará disponible en el sitio web de la CNUDMI, en cuyo caso se trataría simplemente de informar de ello. No haría falta transmitir la Guía, sino únicamente comunicar su disponibilidad a los gobiernos y otras partes interesadas.

8. La **Sra. Downing** (Australia) apoya el proyecto de decisión y dice que la Guía de prácticas es un recurso sumamente útil que puede ser de gran ayuda a los profesionales y otros interesados.

9. La **Sra. Muindi** (Kenya) también encomia la gran calidad de la Guía de prácticas. En cuanto al proyecto de decisión, propone que, en el párrafo 1, se incluya entre corchetes la forma abreviada del título de la Guía inmediatamente después del título completo para que, de ese modo, siempre que aparezca el título "Guía de prácticas" se entienda que se hace referencia a la "Guía de prácticas de la CNUDMI de cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza".

10. El **Sr. Gandhi** (India), elogia la Guía de prácticas por ser un logro extraordinario, y secunda la opinión de que debería ser del dominio público y, por tanto, fácil de obtener. Como la tarea de transmitir la Guía sería difícil, propone que en el párrafo 2 se sustituya la frase "y velar por que se difunda ampliamente y sea fácil de obtener" por "de modo que se difunda ampliamente y sea fácil de obtener".

11. La **Sra. Clift** (Secretaría) sugiere que se enmiende el párrafo 2 para que diga: "*Pide* al Secretario General que publique el texto de la Guía de prácticas, incluso electrónicamente, y que lo transmita a los gobiernos y otros órganos interesados, de modo que se difunda ampliamente y sea fácil de obtener."

12. El **Sr. Marca Paco** (Estado Plurinacional de Bolivia) dice que la Guía de prácticas podría

transmitirse formalmente a los gobiernos o simplemente publicarse en el sitio web de la Comisión para que sea fácil de obtener. Si se transmitiera formalmente a los gobiernos, la Secretaría podría adjuntar una lista exhaustiva de los órganos a los que se les debería facilitar, o dejar esa decisión a los gobiernos.

13. La **Sra. Clift** (Secretaría) aclara que es práctica habitual transmitir formalmente a los Gobiernos los textos de la CNUDMI, publicarlos en el sitio web de la Comisión y facilitarlos a través de los puntos de distribución de las publicaciones de las Naciones Unidas. Sugiere que se vuelva a enmendar el párrafo 2 para que diga:

> "*Pide* al Secretario General que publique el texto de la *Guía de prácticas*, incluso electrónicamente, y que lo transmita a los gobiernos, solicitándoles que faciliten el texto a las autoridades competentes de modo que se difunda ampliamente y sea fácil de obtener."

14. **El Presidente** entiende que la Comisión desea aprobar el párrafo en su forma enmendada.

15. *Así queda acordado.*

16. La **Sra. Sanderson** (Reino Unido) sugiere que, en vista de la celeridad con que evoluciona el régimen de la insolvencia, como indica el hecho de que se haya pedido a la Comisión que incluya los casos Madoff y Lehman en la Guía, la expresión "introducir cambios de redacción", en el párrafo 1 del proyecto de decisión, debería sustituirse por "actualizar". De ese modo podrían figurar en el texto otros casos similares de gran importancia, sin necesidad de proceder a una revisión formal de todo el texto.

17. **El Presidente** entiende que la Comisión desea adoptar la enmienda propuesta al párrafo 1 e incorporar el proyecto de decisión, en su forma enmendada, en la Guía de prácticas.

18. *Así queda acordado.*

Informes del Grupo de Trabajo V sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 35º y 36º (A/CN.9/666 y 671)

19. La **Sra. Clift** (Secretaría) presenta los informes del Grupo de Trabajo V sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 35º y 36º (A/CN.9/666 y 671), y dice que, en el informe correspondiente al 36º período de sesiones, celebrado en mayo de 2009, se examinan los avances en la elaboración de un texto sobre el tratamiento de los grupos de empresas en procedimientos de insolvencia. El Grupo de Trabajo convino en que ese texto debería constituir la tercera parte de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia, en que se abordan los aspectos internos e internacionales de los grupos de empresas. El formato de las demás partes de la Guía, a saber, el comentario y las recomendaciones, se mantendría.

20. En cuanto a las cuestiones internas, se ha llegado a un acuerdo sustancial sobre unas 40 recomendaciones en que se aborda el tratamiento interno de los grupos de empresas y que constituirían las recomendaciones 199 a 239 de la Guía Legislativa. Algunas cláusulas de finalidad deben revisarse y los proyectos de recomendación sobre financiación posterior a la apertura de un procedimiento se deben seguir examinando. Ya se ha preparado una parte considerable del comentario, pero todavía no ha sido objeto de debate. La Secretaría tiene la intención de revisar la versión existente para tener en cuenta las deliberaciones del Grupo de Trabajo y la elaboración de las recomendaciones, y presentar el comentario revisado al Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones.

21. Pasando a las cuestiones internacionales, dice que en su 36º período de sesiones el Grupo de Trabajo examinó unos 12 proyectos de recomendación sobre el tratamiento internacional de los grupos de empresas. Los proyectos de recomendación se basan en gran medida en los artículos de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza, en concreto, en los artículos 25 a 27. En ellos se desarrollan los conceptos de cooperación y comunicación entre tribunales, entre tribunales y representantes de la insolvencia, y entre representantes de la insolvencia, y se indica el modo de poner en práctica esa cooperación. Se abordan temas como la coordinación de las audiencias, el uso de acuerdos transfronterizos y el nombramiento de un mismo representante de la insolvencia en varios

procedimientos, sobre la base de una recomendación relativa a los aspectos internos de la insolvencia. Se preparará un comentario que acompañará a los proyectos de recomendación sobre cuestiones de ámbito internacional y se presentará al Grupo de Trabajo en su 37º período de sesiones, para que lo examine.

22. Así, el Grupo de Trabajo tendrá ante sí las recomendaciones revisadas sobre cuestiones de ámbito internacional y cuestiones internas, al igual que el comentario que las acompañará. Si el Grupo de Trabajo considera que el contenido de ese material, en general, es aceptable, se podría distribuir a los gobiernos para que efectúen observaciones a finales de 2009, con miras a tenerlo listo para su finalización y aprobación por la Comisión en su 43º período de sesiones, que se celebrará en 2010.

23. La oradora observa que actualmente el tratamiento de los grupos de empresas en los procedimientos de insolvencia es un asunto de gran interés en el contexto de la crisis financiera mundial, y es probable que otras organizaciones estudien la cuestión en un futuro próximo al reconsiderar sus regímenes de la insolvencia. En particular, la Unión Europea tal vez lo haga en el contexto de la revisión del Reglamento núm. 1346/2000 del Consejo Europeo.

24. El **Sr. Sorieul** (Secretario de la Comisión) señala a la atención de la Comisión la necesidad de considerar la posibilidad de establecer prioridades para su 43º período de sesiones, ya que hay varios Grupos de Trabajo que esperan concluir su labor en 2009 para que los resultados estén listos y la Comisión los apruebe en 2010. Si ese año la Comisión ha de examinar productos finales en las áreas de la insolvencia, el arbitraje y la licitación pública, además de una guía legislativa sobre valores bursátiles, tendrán un programa muy recargado y será necesario celebrar un período de sesiones de cuatro semanas. No es seguro que pueda reservarse una sala de reuniones en la Secretaría de las Naciones Unidas en Nueva York por cuatro semanas.

25. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que no sería apropiado establecer prioridades en el período de sesiones en curso. La Secretaría debería determinar primero de cuánto tiempo dispondrá la Comisión en su próximo período de sesiones, y después, tras las respectivas reuniones de los Grupos de Trabajo en lo que queda de 2009, debería averiguar qué textos estarán listos para su aprobación final y calcular cuánto trabajo es probable que tenga que realizar el pleno propiamente dicho. Sobre esa base, se podrá adoptar una decisión razonada acerca de cuánto trabajo podrá completarse.

26. El **Sr. Bellenger** (Francia) dice que se debe felicitar al Grupo de Trabajo por su excelente labor, pero la cuestión de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento sigue planteando graves problemas. En particular, la concesión de financiación tras la apertura de un procedimiento por un miembro de un grupo que sea objeto de un procedimiento de insolvencia a otro miembro del grupo que sea objeto de un procedimiento similar es una posibilidad peligrosa, pues podría ser perjudicial para los intereses de los acreedores. La delegación de Francia ya ha expresado sus reservas al respecto en varias ocasiones. Como no parece haber consenso sobre este particular en el Grupo de Trabajo, es necesario seguir tratando la cuestión.

27. Parece que la idea de designar un centro de coordinación de un grupo de empresas se ha dejado de lado. El orador pide que se aclare si se seguirá tratando esa cuestión.

28. Es necesario coordinar, con carácter urgente, la labor del Grupo de Trabajo V y la del Grupo de Trabajo VI, en particular respecto a la cuestión de la repercusión de la insolvencia en una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual. Es importante que la labor se finalice antes del 43º período de sesiones de la Comisión.

29. La **Sra. Clift** (Secretaría) dice que el Grupo de Trabajo ha decidido no seguir ocupándose de la cuestión del centro de coordinación, ante todo porque, si bien sería útil tener una entidad en un grupo de empresas que dirigiera la reestructuración de todo el grupo, ha resultado demasiado difícil llegar a un acuerdo sobre el concepto. También sería demasiado difícil determinar cómo una resolución unilateral de designar un centro de coordinación podría ser vinculante en cualquier otra jurisdicción mediante una recomendación. Si no es vinculante, la resolución no tendrá consecuencias jurídicas.

30. En cuanto a la propiedad intelectual, en su 36º período de sesiones el Grupo de Trabajo V, a petición del Grupo de Trabajo VI, estudió y aprobó un comentario redactado por el Grupo de Trabajo VI en el que se aborda una serie de cuestiones anteriormente examinadas por el Grupo de Trabajo V. Entiende que, con ello, se han abordado todas las cuestiones relacionadas con la insolvencia y la propiedad intelectual.

31. El **Sr. Redmond** (Estados Unidos de América) dice que cuando se inició el proyecto sobre grupos de empresas, se celebró un coloquio para determinar el alcance de la labor que debía realizarse. Si bien es evidente que un proyecto que es complementario de la labor de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia ha merecido apoyo, también ha habido muchas dudas en cuanto a lo que se podría lograr, en vista de la complejidad de muchas de las cuestiones que se plantean. No obstante, los problemas financieros con que se enfrentan países de todo el mundo han puesto de relieve la urgencia de la labor, y desde entonces se ha progresado mucho. Se han definido y resuelto cuestiones complejas, como la de la consolidación patrimonial, mediante un consenso entre los Estados Miembros y los observadores, y gracias a las extensas deliberaciones sobre la cuestión de la financiación posterior a la apertura de un procedimiento celebradas en el 36º período de sesiones del Grupo de Trabajo se ha aclarado y perfeccionado considerablemente la cuestión. Quedan varias cuestiones pendientes y otras se han de seguir perfeccionando, pero el producto está listo y debería poder ser examinado por la Comisión en su 43º período de sesiones.

32. **El Presidente** entiende que la Comisión desea tomar nota de los informes del Grupo de Trabajo V que figuran en los documentos A/CN.9/666 y 671.

33. *Así queda acordado.*

Posible labor futura del Grupo de Trabajo V

34. El **Sr. Burman** (Estados Unidos de América) dice que la creciente demanda de trabajo para la CNUDMI por conducto del Grupo de Trabajo V refleja las circunstancias económicas actuales, que han dado a los Estados un incentivo para considerar la posibilidad de redactar una ley modelo basada en la Guía Legislativa y en otros trabajos de la Comisión. Tal vez esa tarea se habría considerado demasiado difícil unos tres años antes, pero las consultas celebradas en los seis meses anteriores han llevado a la conclusión de que ahora sí podría lograrse. Por ello su delegación propone que en su labor futura el Grupo de Trabajo se centre en redactar una ley modelo de esa índole.

35. El **Sr. Redmond** (Estados Unidos de América) dice que la Guía Legislativa es una base excelente para avanzar en la preparación de una nueva ley modelo. Junto con los Principios para Sistemas Efectivos de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores, del Banco Mundial, la Guía se reconoce actualmente como el estándar internacional para la reforma del régimen de la insolvencia. En vista de las actuales dificultades financieras en todo el mundo, muchos países tratarán de revisar y reformar sus regímenes de la insolvencia, y la Unión Europea revisará el Reglamento núm. 1346/2000 del Consejo Europeo en 2010. La nueva ley modelo podría complementar ese proceso, pues la cuestión del centro de los principales intereses y su aplicación en diferentes partes del mundo ha dado lugar a un cierto grado de imprevisibilidad. El proyecto podría realizarse en términos similares a los de la Guía Legislativa y en estrecha coordinación con varias organizaciones internacionales. Dice que es un buen momento para que la Secretaría prepare una nota de estudio o realice una evaluación del proyecto, que el Grupo de Trabajo V podría examinar en su 37º período de sesiones.

36. La **Sra. Blanchard** (Canadá) dice que aunque la propuesta formulada por la delegación de los Estados Unidos, es interesante, supondría una enorme cantidad de trabajo. No obstante, se debe estudiar la posibilidad. Con todo, tendría que consultar a sus autoridades para saber si hay interés suficiente en la cuestión y si resultaría ventajoso seguir adelante con la idea. El Canadá ha iniciado recientemente una reforma integral de su legislación en materia de insolvencia. Se ha aprobado una nueva ley que ha llevado varios años redactar, pero que todavía no ha entrado en vigor.

37. El **Sr. Cooper** (International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals – INSOL International) celebra la propuesta de los Estados Unidos y dice que convertir la Guía Legislativa en una Ley Modelo será muy beneficioso. Recientemente su organización ha revisado los regímenes de la insolvencia de unos 40 Estados de todo el mundo y ha encontrado algunas legislaciones tan deficientes que es probable que actualmente la demanda de reforma del régimen de la insolvencia sea mayor que en cualquier otro momento desde que la CNUDMI comenzó a trabajar en la Ley Modelo sobre la Insolvencia Transfronteriza en 1993. Algunos países han promulgado legislación que muestra un alto grado de conformidad con la Ley Modelo y es bastante fácil determinar las pocas áreas en las que han considerado preferible adoptar un enfoque diferente. Actualmente hay una gran necesidad de disponer de una ley modelo en la que los países puedan basarse para elaborar sus propias leyes en materia de insolvencia.

38. También hay una necesidad mundial de comprender más claramente las repercusiones de la insolvencia en los títulos financieros. Sugiere asimismo que se realice un estudio sobre los derivados financieros y la insolvencia de las instituciones financieras, temas en que la legislación existente sobre insolvencia es insuficiente.

Octavo Coloquio Judicial

39. La **Sra. Clift** (Secretaría) dice que los días 20 y 21 de junio de 2009 la CNUDMI celebró el octavo Coloquio Judicial en Vancouver, en colaboración con el Banco Mundial e INSOL International. Unos 80 jueces de aproximadamente 40 Estados asistieron al Coloquio, que se centró en la coordinación y cooperación en procedimientos de insolvencia transfronteriza. Una cuestión fundamental fue la comunicación judicial transfronteriza: cómo podía lograrse, el tipo de autoridad legislativa que se requería, si la comunicación debía limitarse a asuntos de procedimiento o si podían abordarse cuestiones sustantivas, las salvaguardias que se necesitarían para proteger los intereses de las partes y garantizar la independencia de los jueces, y el modo de abordar las diferencias terminológicas y las distintas formas de entender algunos conceptos jurídicos. Hubo amplio acuerdo en que los jueces debían familiarizarse con esas cuestiones y que los foros de este tipo eran una oportunidad excelente para debatirlas. En el Coloquio también se estudió la forma de coordinar los procedimientos transfronterizos en la práctica y el modo en que podían abordarse en jurisdicciones concretas.

40. También se habló de la adopción de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza. Entre los participantes había jueces de Estados que han adoptado la Ley Modelo y de otros que no. Se les informó de que Uganda está por adoptar la Ley Modelo y Mauricio la adoptó recientemente. Se habló de la finalidad de la Ley Modelo, y de su relación con el Reglamento núm. 1346/2000 del Consejo Europeo. Algunos jueces expresaron preocupación por los casos relacionados con fondos de cobertura de riesgos y el reconocimiento de casos sobre una base diferente a la establecida en la Ley Modelo, por ejemplo, procedimientos de insolvencia que se inician en una jurisdicción que no es ni el centro de los principales intereses del deudor ni una jurisdicción en que el deudor tenga un establecimiento. Los participantes destacaron la necesidad de que se interpretara de forma coherente, especialmente con respecto al centro de los principales intereses y las investigaciones que pudiera tener que efectuar un tribunal que se enfrenta a una solicitud realizada sobre esa base.

41. Los jueces propusieron una serie de temas para futuros coloquios, por ejemplo, el régimen de la insolvencia en general y un estudio más detallado de la Ley Modelo. También expresaron interés en debatir casos hipotéticos en pequeños grupos de jueces para encontrar posibles soluciones, incluidas las existentes en sus respectivas jurisdicciones.

42. La Secretaría está preparando un breve informe sobre el Coloquio que se publicará en los sitios web de la CNUDMI, el Banco Mundial e INSOL International.

43. El **Sr. Clark** (Estados Unidos de América) expresa su agradecimiento a la CNUDMI por haber reunido a jueces para el Coloquio. Como juez, dice que la oportunidad de reunirse con colegas de todo el mundo y de trabajar con ellos es de valor

incalculable. Un conocimiento y un contacto mayores alientan a los jueces a poner menos obstáculos y hacen que estén dispuestos a encontrar soluciones cuando se ocupan de un asunto en el que ha de cooperar con otra jurisdicción.

44. **El Presidente** agradece al Grupo de Trabajo V y a la Secretaría su duro trabajo en relación con cuestiones de insolvencia transfronteriza y expresa la esperanza de que se sigan realizando progresos importantes antes del próximo período de sesiones de la Comisión.

Se levanta la sesión a las 15.30 horas.

Proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública

Acta resumida de la 891ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, Viena, el jueves 2 de julio de 2009, a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.891]

Presidente: Sr. Soogeun Oh (República de Corea)

Se declara abierta la sesión a las 10.15 horas.

Proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública (A/CN.9/664, 668 y 672; A/CN.9/WG.I/WP.68 y Add.1; A/CN.9/WG.I/WP.69 y Add.1 a 5; A/CN.9/XLII/CRP.2 y A/CN.9/WG.I/XV/CRP.2)

1. **El Presidente** invita a la Secretaría a que repase la labor realizada por el Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la actualización de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (la Ley Modelo) desde su 37º período de sesiones, celebrado en 2004.

2. La **Sra. Nicholas** (Secretaría) dice que el mandato del Grupo de Trabajo es actualizar la Ley Modelo para que en ella se reflejen nuevas prácticas, en particular las resultantes del uso de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, y la experiencia adquirida al utilizar la Ley Modelo como base de reformas legislativas. Un aspecto importante del mandato es el hecho de que la revisión no debe apartarse de los principios básicos de la Ley Modelo. Se está presentando a la Comisión en su período de sesiones en curso un proyecto de texto revisado de la Ley Modelo (A/CN.9/WG.1/WP.69 y Add.1 a 5).

3. Tras la entrada en vigor de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en diciembre de 2005, la Comisión pidió al Grupo de Trabajo que examinara la coherencia entre la Ley Modelo y las disposiciones de la Convención. En concreto, le pidió que estudiara la cuestión de los conflictos de interés y las declaraciones de interés, que no se habían abordado en la Ley Modelo. El Grupo de Trabajo también examinó en sus deliberaciones las contrataciones en el sector de la defensa y el amplio uso de criterios socioeconómicos en la contratación. Si bien se establecieron los parámetros principales de la mayor parte de las cuestiones, algunos aspectos se deben seguir examinando.

4. El Grupo de Trabajo empezó a estudiar posibles revisiones de la Ley Modelo en su sexto período de sesiones, celebrado el 30 de agosto de 2004, y continuó esa labor en los diez períodos de sesiones siguientes. En los primeros períodos de sesiones la labor se centró en tres temas clave respecto de los cuales el Grupo de Trabajo recomendó disposiciones totalmente nuevas o modificaciones importantes: la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, las subastas electrónicas inversas y los acuerdos marco. Si bien el Grupo de Trabajo convino en principio en la mayoría de esas disposiciones, quedaban pendientes algunas cuestiones de redacción. En posteriores períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo se centró en la contratación de servicios, en otros posibles métodos de contratación y en la simplificación y normalización de la Ley Modelo, y se estaban estudiando disposiciones nuevas y modificaciones sustanciales.

5. La oradora propone que se examinen los avances realizados en las diversas cuestiones determinadas por el Grupo de Trabajo, empezando por las comunicaciones electrónicas. El Grupo de Trabajo recomendó nuevas disposiciones para permitir la utilización de comunicaciones electrónicas en el proceso de contratación, concretamente en un nuevo artículo 8 del proyecto de Ley Modelo revisada, que trataría a la vez la forma de esas comunicaciones y los medios para realizarlas, y que sustituiría al artículo 9 de la Ley Modelo de 1994 en que se regulaba únicamente la forma de las comunicaciones. El artículo 8 se redactó para esclarecer qué formas y medios de comunicaciones podrían utilizarse. En él no se distinguía entre las

comunicaciones con soporte de papel y las electrónicas y no se haría referencia a ningún medio en concreto. Todos los medios de comunicación se regirían por la equivalencia funcional. De ahí que la información deba estar en una forma que deje constancia de su contenido y sea accesible para su ulterior consulta. Es decir, tal vez sea necesario que las comunicaciones se consignen por escrito, pero no se indica si ese "por escrito" debe ser en papel o en pantalla. En el proyecto de artículo 8 se permite la licitación electrónica y, además, se garantiza la igualdad entre las convocatorias de licitación publicadas por medios electrónicos y las publicadas por medios tradicionales.

6. Para abordar posibles reservas respecto al uso de técnicas de comercio electrónico, se han incluido salvaguardias acerca de la confidencialidad, la posibilidad de localización y la integridad. Y, lo que es más importante, en el proyecto de Ley Modelo revisada, las normas que anteriormente se aplicaban a las comunicaciones con soporte de papel son igualmente aplicables a las comunicaciones electrónicas. En particular, ningún medio o forma de comunicación deberá utilizarse para restringir el acceso a la contratación. Las disposiciones también garantizan la transparencia y la previsibilidad exigiendo que la entidad adjudicadora, al principio del proceso de contratación, especifique cualquier requisito concreto sobre la forma y los medios de las comunicaciones que habrán de utilizarse.

7. Las subastas electrónicas inversas suponen la competencia en línea y en tiempo real entre la entidad adjudicadora y varios proveedores. El término "inversa" indica que los proveedores ofrecen precios cada vez más bajos para obtener el contrato de la entidad adjudicadora. Dadas las enormes ventajas potenciales en términos de ahorro en los precios, el Grupo de Trabajo recomienda que las subastas electrónicas inversas se regulen en el proyecto de Ley Modelo revisada. Las subastas no electrónicas, en cambio, presentan riesgos de colusión. La utilización de subastas electrónicas inversas estaría sujeta a ciertas condiciones, y se aplicarían reglas procesales tanto para las subastas que constituyen una etapa en otros métodos de contratación como para las que constituyen un método de contratación por sí solas. Las recomendaciones del Grupo de Trabajo son aplicables únicamente al tipo de subasta en que, al final del proceso de subasta, se determina automáticamente la mejor oferta en función de los criterios de adjudicación. Se considera que otros tipos de subasta que requieren una evaluación posterior entrañan riesgos inaceptables. Así, se exige que el sistema mediante el cual se efectúa la subasta electrónica inversa permita hacer una reevaluación automática de las ofertas a medida que se van revisando durante la subasta, de modo que los licitantes sepan en todo momento si su oferta es la ganadora o no. En cuanto a los factores distintos del precio, el Grupo de Trabajo ha concluido que podrían complicar el proceso, reflejar peor los costos y mermar la transparencia.

8. Ciertos estudios sobre subastas electrónicas inversas han demostrado que pueden inducir a ofertas a precios insosteniblemente bajos, lo que conlleva un riesgo para la ejecución del proyecto en cuestión. No obstante, el Grupo de Trabajo ha concluido que ese riesgo puede aparecer en cualquier procedimiento de contratación y probablemente no es mayor en las subastas electrónicas inversas que en cualquier otro procedimiento, como mínimo a largo plazo. Por tanto, recomienda que en el proyecto de Ley Modelo revisada se incluyan disposiciones para requerir a la entidad adjudicadora que estudie el riesgo de una oferta anormalmente baja, tanto al evaluar la oferta como al examinar las cualificaciones de los proveedores. Solo si ha habido una investigación de esa índole, y la entidad licitadora ha concluido que la oferta es anormalmente baja y que ello supone un riesgo para la ejecución, podría la entidad licitadora rechazar la oferta por ese motivo. Se trata de una excepción muy limitada y rigurosa del principio general según el cual las ofertas individuales u otras ofertas no pueden rechazarse por el riesgo de corrupción que dicho rechazo podría suponer.

9. El Grupo de Trabajo también ha examinado a fondo los acuerdos marco. Son contrataciones en dos etapas: en la primera, uno o más proveedores celebran un acuerdo marco con la entidad adjudicadora, y en la segunda, celebran contratos adjudicados en forma de pedidos. Los acuerdos marco no se regularon en la Ley Modelo de 1994, pero actualmente se utilizan con mucha frecuencia en la práctica y tienen varias ventajas, entre otras, menores gastos administrativos y de operaciones, reducción de los tiempos de operación (porque ciertas etapas del proceso de contratación se

realizan una sola vez para lo que, de otro modo, se necesitaría una serie de contrataciones), y la seguridad del suministro.

10. El Grupo de Trabajo recomienda que en el proyecto de Ley Modelo revisada se incluyan disposiciones relativas a tres tipos de acuerdos marco. El primero es un acuerdo marco "cerrado" en el que se fijan las especificaciones y todos los requisitos de la contratación en el acuerdo marco, sin que se abra un nuevo proceso competitivo entre los proveedores en la segunda etapa. Puede concertarse con uno o más proveedores. El segundo es un acuerdo marco también "cerrado" en el que se fijan las especificaciones y los principales requisitos de la contratación pero que incluye un nuevo proceso competitivo entre los proveedores que son parte en el acuerdo marco antes de adjudicar los contratos. Siempre se celebra con varios proveedores. El tercero es un acuerdo marco "abierto", es decir, un acuerdo concertado con más de un proveedor que incluye una segunda etapa en la que compiten todos los proveedores que son parte en el acuerdo. Está previsto que el acuerdo marco abierto se ejecute por vía electrónica y se utilice para contrataciones simples. Al igual que con las subastas electrónicas inversas, los acuerdos marco estarían sujetos a condiciones generales, y para cada tipo se deberían seguir procedimientos específicos. A ese respecto quedan por resolver algunas cuestiones.

11. Los acuerdos marco presentan ciertos riesgos, sobre todo los concertados entre un grupo específico de proveedores y la entidad adjudicadora. Dado que durante el período de vigencia del acuerdo el mercado, de hecho, estaría cerrado, la competencia eficaz podría verse perjudicada. También existe un cierto riesgo de colusión entre proveedores durante la vigencia de un acuerdo marco, y podría ser difícil garantizar la supervisión eficaz de los acuerdos. Por ello el Grupo de Trabajo recomienda que se exija a los Estados que impongan una duración máxima a los acuerdos cerrados, a fin de que no se utilicen para excluir a proveedores del proceso competitivo durante largos períodos. El Grupo de Trabajo también ha prestado mucha atención a la necesidad de asegurar la transparencia requiriendo que se emitan una serie de avisos públicos a lo largo del proceso.

12. Una alternativa a los acuerdos marco son las listas de proveedores. En principio, el Grupo de Trabajo convino en que, tanto si se las consideraba compatibles con los principios básicos, los propósitos y los objetivos de la Ley Modelo como si no, esas listas se utilizaban en la práctica y por tanto su administración debería estar sujeta a unos requisitos mínimos. Sin embargo, más tarde el Grupo de Trabajo llegó a la conclusión de que no hacía falta abordar ese tema en el proyecto de Ley Modelo revisada porque las disposiciones flexibles que siguen los acuerdos marco (en particular, las relativas a los acuerdos marco abiertos) bastarían para tener en cuenta los supuestos beneficios de las listas de proveedores y eliminarían algunos de los riesgos que planteaban. Dado que ese punto no goza de aceptación universal entre los expertos en contratación, las razones por las que el Grupo de Trabajo llegó a esa conclusión se especificarán con más detalle en la Guía para la incorporación al derecho interno, en la que también se plantearán las reservas bien documentadas que suscitan las listas, por ejemplo, su utilización de manera no transparente y a veces inadecuada para restringir el acceso al mercado, incluso cuando se establecen controles como, por ejemplo, listas permanentemente abiertas y procedimientos de inscripción sencillos, e incluso en el caso de que se quiera dar a las listas un carácter facultativo.

13. El Grupo de Trabajó acordó en su sexto período de sesiones que el proyecto de Ley Modelo revisada debería mantener las diversas opciones para la contratación de servicios, pero que la Guía para la incorporación al derecho interno debía ser menos restrictiva al abordar los tipos de servicios y las circunstancias pertinentes en que debían utilizarse los diferentes métodos. El Grupo de Trabajo también convino en volver a examinar la utilización de los métodos alternativos de contratación, las condiciones por las que se regiría su uso y la cuestión de si debía mantenerse todo el conjunto de métodos. Por consiguiente, una revisión global de esos métodos de contratación pasó a ser un elemento primordial del ejercicio de simplificación y normalización.

14. El Grupo de Trabajo observó un cierto solapamiento entre dos de los procedimientos de selección de servicios y el procedimiento de solicitud de propuestas que figuran en la Ley Modelo. Además, todos los procedimientos que pueden utilizarse para bienes y obras también pueden utilizarse para servicios, de modo que tal vez fueran innecesarias unas disposiciones distintas. Las características comunes son: la

posibilidad de una convocatoria abierta a licitación que empiece con un anuncio público o una convocatoria directa que empiece por los proveedores; se presentan propuestas frente a un único conjunto de especificaciones que no puede modificarse; los criterios de evaluación pueden hacer referencia a las competencias directiva y técnica relativas del proveedor o contratista, y el precio se considera por separado y tras haber completado la evaluación técnica. El único procedimiento que es distinto de los demás en la Ley Modelo es el procedimiento de selección de servicios con negociaciones consecutivas.

15. En consecuencia, algunas delegaciones propusieron un único método de contratación negociada aplicable a cualquier tipo de contratación, llamada "solicitud de propuestas con diálogo competitivo", que el Grupo de Trabajo examinó en detalle en sus períodos de sesiones 15º y 16º. El resultado de ese examen se presentó a la Comisión como nuevo método de contratación en el documento A/CN.9/XLII/CRP.2. Las principales dificultades de la contratación negociada son: lograr un equilibrio entre la discrecionalidad o flexibilidad (cuya finalidad sería lograr el mejor rendimiento del dinero) y los procedimientos regulados para evitar que se abuse del poder discrecional concedido; garantizar una transparencia suficiente (revelar las reglas del juego por adelantado) dejando al mismo tiempo margen para la negociación, y dar a la entidad adjudicadora cierto control sobre el número de proveedores con los que negocia. Ese último objetivo podría lograrse mediante una precalificación, una preselección, una evaluación de la conformidad de las ofertas o la exclusión de soluciones técnicas. Otra cuestión es la relativa a qué aspectos de la posible contratación han de negociarse durante la fase de diálogo.

16. Si bien los proponentes del método de la contratación negociada habían previsto que esta sustituyera a otros métodos que incluían negociaciones, algunas delegaciones se mostraron partidarias de mantener los demás métodos (incluidas las negociaciones competitivas, la licitación en dos etapas y tal vez las negociaciones consecutivas) en determinadas circunstancias, como en una contratación urgente tras un desastre. Puesto que la introducción de más métodos de contratación era contraria al principio de simplificación y normalización, el Grupo de Trabajo decidió que fuera la Comisión quien decidiera qué métodos debían mantenerse.

17. Se han vuelto a examinar las condiciones por las que se rige el uso de métodos alternativos. En el texto de 1994 la licitación en dos etapas, la solicitud de propuestas y la negociación competitiva podían utilizarse en las mismas condiciones. La licitación restringida o la convocatoria directa en el caso de los servicios podían utilizarse cuando los bienes, las obras o los servicios podían obtenerse únicamente de un número limitado de proveedores o contratistas. Las disposiciones relativas a la transparencia aplicables a esos métodos no eran enteramente compatibles ni viables. Algunas de las condiciones en cuestión también podían justificar el uso de la contratación con un solo proveedor, que es el método menos beneficioso porque elimina por completo la competencia. El Grupo de Trabajo decidió reformular las disposiciones para exigir a la entidad adjudicadora que utilice el método más competitivo posible, de modo que la contratación con un solo proveedor se permitiría únicamente en casos urgentes. Así pues, la convocatoria internacional abierta a licitación debería aplicarse con carácter prioritario, a menos que se justificara la licitación restringida o nacional. Las disposiciones reformuladas tendrán que acordarse definitivamente una vez que se hayan ultimado los diversos métodos de contratación y sus aplicaciones normales.

18. Aunque el Grupo de Trabajo convino en simplificar y racionalizar la Ley Modelo eliminando las repeticiones, las contradicciones y las disposiciones innecesariamente detalladas, los indicios actuales son que quizá haya más métodos que anteriormente, y se invita a la Comisión a que estudie el modo de tratar esa situación.

19. Para fomentar la simplificación y un régimen jurídico armonizado en el marco de la Ley Modelo, el Grupo de Trabajo acordó eliminar las exenciones generales de las contrataciones en los sectores de la defensa y la seguridad nacionales, pues no todas ellas son confidenciales. No obstante, dado que algunas contrataciones en el sector de la defensa pueden ser altamente confidenciales, tal vez deba permitirse mantener la confidencialidad mediante la suspensión de algunos requisitos de transparencia.

20. Los procedimientos de licitación se abordaron en el texto de 1994 de manera mucho

más detallada que otros métodos de contratación. Puesto que muchas de las normas aplicables a los procedimientos de licitación son de aplicación general, el Grupo de Trabajo combinó todos esos principios y procedimientos en el capítulo I de la Ley Modelo revisada. Entre ellos figuran los enumerados a continuación: normas usuales sobre la elección del método de contratación y la licitación abierta o directa; descripción de la contratación; criterios de evaluación; recurso opcional a las garantías de las ofertas en todos los métodos de contratación; procedimientos previos a la cualificación; confidencialidad, y aceptación de una oferta y entrada en vigor del contrato adjudicado.

21. Se invita a la Comisión a que considere si el capítulo I debería incluir otras disposiciones relativas, por ejemplo, a las solicitudes de manifestaciones de interés y las reglas generales sobre aclaraciones y modificaciones durante el proceso de contratación.

22. En el proyecto de Ley Modelo revisada ya no se distingue entre métodos de contratación de bienes u obras, por una parte, y de servicios, por otra. Ahora el enfoque se centra en la complejidad o sencillez, o bien en identificar y evaluar lo que debe contratarse. Si pueden formularse especificaciones o características al inicio del proceso y evaluarse en función de criterios cuantificables y transparentes, no es necesario que en la contratación se recurra a negociaciones. Además del método normal de licitación, los métodos pertinentes son la licitación abierta o restringida (sistema de un sobre), la solicitud de propuestas abierta o restringida sin negociación (sistema de dos sobres), una solicitud de cotizaciones o un procedimiento de subasta electrónica inversa. En el otro extremo del espectro, cuando las especificaciones o características no pueden evaluarse mediante criterios cuantificables, los métodos de contratación incluirían negociaciones como el diálogo competitivo. Si bien se está adoptando un criterio ligeramente diferente para la determinación de los métodos de contratación, los principios básicos de 1994 no cambiarían: la licitación sería el método empleado con carácter sustitutivo y las condiciones para el uso de la contratación con un único proveedor seguirían siendo estrictas.

23. El Grupo de Trabajo también formuló un único conjunto de requisitos para la evaluación y comparación de las ofertas. En el proyecto de artículo 12 se requiere que esos requisitos sean de interés para el objeto de la contratación y, en la medida de lo posible, objetivos y cuantificables. Deben divulgarse al principio del proceso de contratación junto con cualesquiera márgenes de preferencia, ponderaciones relativas, límites y el modo en que estos últimos se aplicarían. El Grupo de Trabajo convino en los principios, pero los detalles todavía no se han ultimado.

24. El Grupo de Trabajo indicó que examinaría el modo en que el uso de la contratación para fomentar políticas industriales, sociales y ambientales se trataba en la Ley Modelo, por ejemplo, dando orientación adicional sobre el modo de aumentar la transparencia y la objetividad. Esas cuestiones se abordaban en el documento A/CN.9/WG.I/XV/CRP.2. Puesto que el objetivo en muchos casos es permitir que el Estado promulgante proteja su economía nacional, la entidad adjudicadora podría tener en cuenta factores no objetivos a la hora de decidir la oferta ganadora. Se invitará a la Comisión a que considere la posibilidad de fundir algunas disposiciones de la Ley Modelo. Una cuestión especialmente importante es la de si todos los factores socioeconómicos deberían tratarse como criterios de evaluación.

25. En algunos sistemas, como el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, se consideran los criterios socioeconómicos como cuestiones de cualificación, es decir, como condiciones de admisibilidad para la participación. Tras algunas consultas oficiosas, se ha constatado escaso apoyo a esa idea, particularmente en el contexto de una disposición incluida en el proyecto de Ley Modelo revisada que permitiera excluir a la competencia extranjera de un proceso de contratación nacional en determinadas circunstancias. Algunos sistemas nacionales incluyen cuotas para minorías que podrían influir en la competencia.

26. En la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción se exige que los sistemas de contratación cuenten con un sistema eficaz de examen interno para garantizar la disponibilidad de vías de recurso. Las disposiciones sobre reconsideración de la Ley Modelo de 1994 son de aplicación optativa, administrativa y limitada, y en ellas no hay disposición alguna acerca de la independencia de la reconsideración. El Grupo de

Trabajo considera que esas disposiciones no son suficientemente sólidas para cumplir lo dispuesto en la Convención contra la Corrupción, y recomienda, entre otras cosas, que sean obligatorias, que se elimine la lista de excepciones y que toda decisión relativa al método de contratación esté abierta a impugnaciones. El Grupo de Trabajo también recomienda que se introduzca un período de suspensión antes de la entrada en vigor del contrato, lo sifucientemente largo para que el procedimiento de reconsideración pueda ser eficaz. Todavía no se han ultimado las medidas de exención en los casos en que surgiera un problema, y las disposiciones al respecto del Acuerdo sobre Contratación Pública parecen diferir de las del texto de la Ley Modelo de 1994.

27. Las cuestiones que suscita la participación comunitaria en la contratación se refieren, sobre todo, a las fases de planificación y ejecución de un proyecto. Dada la importancia cada vez mayor de esa participación y teniendo en cuenta que tal vez sea necesario promulgar legislación para permitirla, se han revisado las disposiciones de la Ley Modelo para garantizar que ello no sea un obstáculo a la inclusión de una disposición relativa a la participación comunitaria en la contratación relacionada con proyectos. En la Guía para la incorporación al derecho interno se dará una mayor orientación al respecto.

28. La Ley Modelo permite a las entidades adjudicadoras exigir la legalización de los documentos de todos los participantes, lo cual podría llevar tiempo y resultar costoso para los proveedores. Además del efecto disuasorio de dicho requisito, el incremento de una parte o de la totalidad de los gastos generales ocasionados al proveedor podría transferirse a la entidad adjudicadora. De ahí que el Grupo de Trabajo recomiende que se enmienden las disposiciones de la Ley Modelo para que la entidad adjudicadora pueda exigir la legalización de la documentación únicamente al proveedor con la oferta ganadora.

29. Finalmente, en relación con los conflictos de interés, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción exige a los Estados promulgantes que, cuando proceda, adopten medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular, declaraciones de interés respecto de determinadas contrataciones públicas, procedimientos de preselección y requisitos de capacitación. En la Ley Modelo de 1994 no existen disposiciones equivalentes, y el Grupo de Trabajo considera que el texto revisado debería incluir una referencia adecuada al respecto.

30. La Secretaría entiende que la Comisión tal vez desee considerar la posibilidad de establecer un comité plenario para estudiar en detalle el texto revisado.

31. El **Sr. Marca Paco** (Estado Plurinacional de Bolivia) pregunta si las disposiciones del proyecto de Ley Modelo revisada permitirían a un gobierno la contratación con un único proveedor como medio de ampliar la inversión pública y fomentar el crecimiento y la eficiencia en determinados sectores económicos, tales como los municipios y las comunidades locales. Si bien el valor monetario de ese tipo de contratación no es muy elevado en términos absolutos, las oportunidades económicas que ofrece son de gran importancia para los sectores en cuestión. Cuando el objetivo es ofrecer un beneficio inmediato a un sector determinado, los procedimientos habituales de contratación llevan demasiado tiempo. Su delegación espera que esas consideraciones se puedan reflejar en el proyecto de Ley Modelo revisada para que se pueda recurrir a ciertas categorías de proveedores con más frecuencia a fin de lograr objetivos concretos de política social.

32. La **Sra. Nicholas** (Secretaría) dice que en el proyecto de artículo 7 se establecen las condiciones que se deben cumplir cuando una entidad adjudicadora desea recurrir a la contratación con un único proveedor. Siempre y cuando se respeten las condiciones establecidas en ese artículo, y una de esas condiciones es que la entidad adjudicadora debe hacer un anuncio público y ofrecer oportunidades suficientes para que se formulen observaciones, se podrá contratar con un solo proveedor para fomentar las políticas socioeconómicas mencionadas en otras partes del proyecto de Ley Modelo revisada. Por tanto, en teoría, un objetivo socioeconómico como la inversión pública quedaría dentro del ámbito de ese artículo. La cuestión podrá tratarse con más detalle cuando el comité plenario examine el documento A/CN.9/WG.I/XV/CRP.2.

Se suspende la sesión a las 11 y se reanuda a las 11.40 horas.

33. **El Presidente** invita a la Comisión a que formule observaciones sobre la propuesta de ampliar el mandato del Grupo de Trabajo I para

que incluya consideraciones socioeconómicas y la exención del sector de la defensa.

34. El **Sr. Frühmann** (Austria) dice que su delegación apoya la propuesta.

35. El **Sr. Ekedede** (Nigeria) dice que su delegación apoya la inclusión de aspectos socioeconómicos en el mandato del Grupo de Trabajo. Entiende que esos aspectos engloban los conceptos de mejor rendimiento del dinero, transparencia, flexibilidad y rendición de cuentas. La contratación de bienes, obras y servicios es de importancia primordial para los países en desarrollo, en los que frecuentemente le corresponde más del 50% del presupuesto. También es una esfera plagada de prácticas poco convencionales, por no decir corruptas. El fin de la Ley Modelo es proporcionar orientación a los países en desarrollo y fomentar la aplicación de mejores prácticas. Sus disposiciones deben velar por los proveedores nacionales de los países en desarrollo protegiéndolos de la competencia indebida.

36. **El Presidente** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión aprueba la inclusión de consideraciones socioeconómicas y la exención del sector de la defensa en el mandato del Grupo de Trabajo.

37. *Así queda acordado*.

38. **El Presidente** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea establecer un comité plenario para que haga una segunda lectura del proyecto de Ley Modelo revisada sobre contratación.

39. *Así queda acordado*.

40. **El Presidente** invita a la Comisión a que proceda a elegir un Presidente del Comité Plenario.

41. El **Sr. Frühmann** (Austria) propone la candidatura de la Sra. Blanchard (Canadá) para el cargo de Presidenta del Comité Plenario.

42. El **Sr. Denison Cross** (Reino Unido) y la **Sra. Smejkalová** (República Checa) apoyan la candidatura.

43. *La Sra. Blanchard (Canadá) es elegida Presidenta por aclamación*.

44. **El Presidente** dice que el Comité Plenario se reunirá inmediatamente después de que se levante la sesión de la Comisión, para iniciar la segunda lectura del texto de la Ley Modelo revisada.

Se levanta la sesión a las 11.50 horas.

Aprobación del informe de la Comisión

Acta resumida de la 892ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, Viena, el viernes 10 de julio de 2009, a las 16.05 horas

[A/CN.9/892]

Presidente: Sr. Soogeun Oh (República de Corea)

Se declara abierta la sesión a las 16.05 horas.

Aprobación del informe de la Comisión

Informe del Comité Plenario a la Comisión sobre su examen de un proyecto de ley modelo de la CNUDMI sobre la contratación pública (A/CN.9/XLII/CRP.1 y Add.3 a 9; A/CN.9/664, 668 y 672)

1. La **Sra. Blanchard** (Canadá), Presidenta del Comité Plenario, agradece a la Secretaría el apoyo que le ha prestado en su capacidad de Presidenta del Comité durante los siete días de reuniones, así como la calidad de los documentos preparados. Las deliberaciones han sido muy productivas, pero el Comité no considera que el texto revisado de la Ley Modelo esté listo para su aprobación por la Comisión en su período de sesiones en curso. El Comité casi ha finalizado una segunda lectura del capítulo I, respecto de cual solo quedan pendientes unas pocas cuestiones, pero no ha podido empezar con los demás capítulos. El Comité recomienda que se siga trabajando en el proyecto de Ley Modelo revisada, prestando especial atención a las cuestiones no resueltas. Entiende que la Secretaría tiene la intención de entablar consultas oficiosas amplias antes del siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre cuestiones que el Comité Plenario todavía no ha examinado. Su finalidad es que la Secretaría proporcione otro conjunto de documentos de trabajo para que el Grupo de Trabajo los examine. El Comité recomienda que la Comisión apruebe su informe, que figura en los documentos A/CN.9/XLII/CRP.1 y adiciones 3 a 9, como sección relativa al tema 5 del programa. (Proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública del informe de la Comisión sobre su 42º período de sesiones).

2. **El Presidente** dice que, de no haber objeciones, entenderá que la Comisión desea aprobar el informe del Comité Plenario, que formará parte del informe de la Comisión sobre su 42º período de sesiones.

3. *Así queda acordado.*

4. La **Sra. Nicholas** (Secretaría) se refiere a los informes del Grupo de Trabajo I sobre la labor realizada en sus períodos de sesiones 14º, 15º y 16º, que figuran en los documentos A/CN.9/664, 668 y 672 respectivamente. En cada informe se enuncian las cuestiones detalladas tratadas por el Grupo de Trabajo y las conclusiones a las que ha llegado. Las principales cuestiones relacionadas con los acuerdos marco figuran en el capítulo I del proyecto de Ley Modelo revisada, y las propuestas para la contratación negociada, en el capítulo IV. En todos los casos el Grupo de Trabajo estudió propuestas de enmienda, presentó su comentario y dio instrucciones a la Secretaría para la revisión del texto.

5. **El Presidente** entiende que la Comisión desea tomar nota de los tres informes y encomendar al Grupo de Trabajo que prosiga su labor sobre el proyecto de Ley Modelo revisada sobre la contratación pública.

6. *Así queda acordado.*

7. La **Sra. Otunga** (Kenya) dice que su delegación tiene gran interés en las nuevas cuestiones en la esfera de la contratación pública que se abarcan en el proyecto de Ley Modelo revisada y espera que la Comisión concluya su labor relativa a ese proyecto en el período de sesiones en curso. Su país está estudiando la posibilidad de promulgar legislación que abarca temas como las subastas electrónicas inversas y los acuerdos marco y espera disponer de una Ley Modelo de la CNUDMI aprobada que sirva de orientación para las disposiciones pertinentes. Espera que el Grupo de Trabajo pueda completar su labor sobre el proyecto de Ley Modelo revisada antes de que finalice el año. De lo contrario, algunos países tal vez aprueben disposiciones no

compatibles con las que finalmente se incluirán en la Ley Modelo.

8. El **Sr. Ekedede** (Nigeria) dice que el mandato de la CNUDMI de desarrollar y armonizar el derecho mercantil internacional no consiste únicamente en producir textos jurídicos. Se debe actuar con más iniciativa para fomentar el uso de los productos de la CNUDMI, en particular en los países en desarrollo. A ese respecto, cabe citar, a título de ejemplo, el enfoque de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC). La UNODC tiene una red de oficinas regionales y en los países de las que se sirve para promover alianzas con Estados Miembros y otros interesados a fin de fomentar sus políticas, y está facultada para solicitar recursos extrapresupuestarios a tal fin. Es hora de buscar soluciones a las limitaciones a que se enfrenta la CNUDMI para fomentar un mayor uso de sus excelentes productos.

9. El **Sr. Sorieul** (Secretaría) dice que la Comisión tratará la cuestión planteada por el representante de Nigeria la semana siguiente, en relación con los temas 13 (Asistencia técnica para la reforma legislativa) y 14 (Situación y promoción de los textos jurídicos de la CNUDMI) del programa. Acoge con agradecimiento el entusiasmo que ha expresado el representante de Nigeria por la misión y los productos de la CNUDMI. La Secretaría es muy consciente de la demanda de cooperación que existe en los países en desarrollo, pero la CNUDMI se ve limitada por restricciones de personal para llevar a cabo su mandato en las áreas de la cooperación técnica y la divulgación. Hasta la fecha, el número de puestos disponibles en la Secretaría de la CNUDMI es aproximadamente el mismo que en la década de 1960, y para que la Comisión pueda interactuar eficazmente con Estados y otros interesados en una era en que la globalización es cada vez mayor, se necesitarán más recursos. En cuanto a sus esfuerzos por movilizar recursos extrapresupuestarios, la Secretaría también está en situación de desventaja porque no cuenta con la capacidad necesaria para elaborar programas que atraigan el apoyo financiero del sector privado y de otras fuentes de financiación. Si bien la cuestión se tratará con mayor detenimiento durante la última semana del período de sesiones, agradece al representante de Nigeria que la haya planteado en el contexto del proyecto de Ley Modelo.

10. El **Sr. Boutaqbout** (Marruecos) dice que, aunque la CNUDMI no pueda tener una presencia física sobre el terreno, podría promocionar y fomentar sus textos jurídicos organizando cursos prácticos regionales, seminarios y otras actividades para los diferentes interesados de los Estados Miembros, incluidos posibles donantes.

Se levanta la sesión a las 16.40 horas.

Aprobación del informe de la Comisión *(continuación)*

Acta resumida de la 899ª sesión, celebrada en el Centro Internacional de Viena, Viena, el viernes 17 de Julio de 2009, a las 9.30 horas

[A/CN.9/SR.899]

Presidente: Sr. Soogeun Oh (República de Corea)

Se declara abierta la sesión a las 9.45 horas.

Aprobación del informe de la Comisión (*continuación*) (A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.1 a 9)

1. **El Presidente** agradece al representante de Chile, el **Sr. Sandoval López**, su actuación como Relator de la Comisión en su 42º período de sesiones.

2. Observa que el Comité Plenario, tras siete días de deliberaciones sobre la contratación pública, preparó un informe que figura en los documentos A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.3 a 9 y que la Comisión aprobó en su 892ª sesión inmediatamente después de la última reunión del Comité Plenario.

Finalización y aprobación de las Notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza (A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.1/Rev.1)

3. **El Presidente** se remite al documento A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.1/Rev.1. Observa que la Comisión ha decidido cambiar el título de las Notas de la CNUDMI a "Guía de Prácticas de la CNUDMI de cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza".

4. Entiende que la Comisión desea aprobar la parte de su informe que figura en el documento A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.1/Rev.1.

5. *Así queda acordado.*

Régimen de la insolvencia: informe sobre la marcha de la labor del Grupo de Trabajo V (A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.2)

6. **El Presidente** se remite al documento A/CN.9/XLII/CRP.1/Add.2, sobre los progresos realizados por el Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) y su labor futura, así como sobre el Coloquio Judicial. Entiende que la Comisión desea aprobar la parte de su informe que figura en ese documento.

7. *Así queda acordado.*

El debate abarcado por el acta concluye a las 9.55 horas.

II. BIBLIOGRAFÍA DE OBRAS RECIENTEMENTE PUBLICADAS RELATIVAS A LA LABOR DE LA CNUDMI: NOTA DE LA SECRETARÍA

(A/CN.9/673)

ÍNDICE

I. Cuestiones generales . . . . . .
II. Compraventa internacional de mercaderías . . . . . .
III. Arbitraje y conciliación comercial internacional . . . . . .
IV. Transporte internacional . . . . . .
V. Pagos internacionales (incluidas las garantías independientes y las cartas de crédito contingente) . . . . . .
VI. Comercio Electrónico . . . . . .
VII. Garantías reales (incluidos los créditos por cobrar) . . . . . .
VIII. Contratación pública . . . . . .
IX. Insolvencia . . . . . .
X. Contratos internacionales de construcción . . . . . .
XI. Comercio compensatorio internacional . . . . . .
XII. Proyectos de infraestructura con financiación privada . . . . . .
Anexo
Lista de los títulos abreviados, y los títulos completos correspondientes, de los textos jurídicos de la CNUDMI que se mencionan en la presente bibliografía . . . . . .

I. Cuestiones generales

Berlingieri, F. Unification and harmonisation of maritime law revisited. *Revue hellénique de droit international* (Athènes) 59:2:603-626, 2006.

Boss, A. H. The future of the Uniform Commercial Code process in an increasingly international world. *Ohio State law journal* (Columbus, Ohio) 68:1:349-402, 2007.

Castellani, L. Economic development and the rule of law: uniform trade law and Africa-China relations. *In* China outside China: China in Africa. Castellani, L., P. Zhongying *and* I. Taylor, *eds*. Torino, Italy, Quaderni del CASCC, 2007. p. 75-90.

_____. International trade law reform in Africa. *Yearbook of private international law* (The Hague) 10:547-563, 2008.

La CNUDCI. Trois questions à Valéry Turcey. *Recueil Dalloz* (Paris) 184:20:1392, 2008.

Dundas, H. R. The Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot. *Stockholm international arbitration review* (Huntington, N.Y.) 1:157-171, 2008.

Gross, C. Bericht über die 40. Sitzung der Kommission der Vereinten Nationen zum Internationalen Handelsrecht (UNCITRAL). *IPRax* (Bielefeld, Germany) 28:2:189-191, 2008.

En alemán. Título en español: Reseña del 40° período de sesiones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

_____. News from the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Roma) 13:3:792-799, 2008.

Kelly, C. R. Institutional alliances and derivative legitimacy. *Michigan journal of international law* (Ann Arbor, Mich.) 29:4:605-664, 2008.

También disponible en línea en la dirección: http://students.law.umich.edu/mjil/article-pdfs/v29n4-kelly.pdf.

Koziol, G. Sprachliche Aspekte der Auslegung von internationalen Rechtstexten: am Beispiel der Principles of European Tort Law. *Juristische Blätter* (Wien) 130:230-241, 2008.

En alemán. Título en español: Aspectos lingüísticos de la interpretación de documentos jurídicos de naturaleza internacional: utilización a modo de ejemplo de los Principios europeos en materia de responsabilidad extracontractual.

Kwatra, G. K. United Nations and international arbitration institutions. UNCITRAL. *In* Arbitration and conciliation law of India: with case law on UNCITRAL Model Law on Arbitration and Sale of Goods. 7th *ed*. New Delhi, Indian Council of Arbitration, 2008. Ch. 4. p. 66-75.

Nicholas, C. The New Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations: relationships with international conventions of UNCITRAL, the Hague Conference and UNIDROIT. *In* Le nouveau règlement européen "Rome I" relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles. Ritaine, C.E. *and* A. Bonomi, *éds*. Genève, Schulthess, 2008. p. 49-60.

Pamboukis, Ch. P. L'évolution du droit uniforme privé: la polycentricité du droit uniforme. Ch. 3. *Recueil des cours: Académie de droit international = Collected courses of the Hague Academy of International Law* (Leiden, The Netherlands) 330:104-155, 2007.

Perales Viscasillas, M. P. La competitividad internacional de la enseñanza del derecho mercantil en España: el triunfo en el concurso de arbitraje comercial "Willem C. Vis". *Derecho de los negocios* (Madrid) 19:212:19-23, mayo 2008.

Pissoort, W. *and* P. Saerens. Initiation au droit commercial international. Bruxelles, De Boeck Universiteì, 2004. 357 p.

UNCITRAL Secretariat. News from the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Roma) 12:4:810-817, 2007.

United Nations Commission on International Trade Law Secretariat. The UNCITRAL guide: basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law. Vienna, United Nations, 2007. iv, 48 p.

Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.07.V.12. Disponible en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso.

United Nations Commission on International Trade Law Secretariat. UNCITRAL Yearbook, 2004. Vienna, United Nations, 2008. Vol. 35.

Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.08.V.8.

CD-ROM.

Zumbansen, P. *and* M. Panezi. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). *Max Planc Encyclopedia of public international law*, June 2007.

Documento electrónico. Puede consultarse, mediante el pago de una tarifa, en: http://www.mpepil.com/.

II. Compraventa internacional de mercaderías

Academic conference "The Spirit and Interpretation of the CISG", November 16, 2008. Organized by the Steering Committee for the CISG Tokyo Congress & the Institute of International Commercial Law of the Pace University School of Law. University of Tokyo, Sanjokaikan. Tokyo, 2008.

Informe sobre las actuaciones de la conferencia: Article 7 and uniform interpretation of the CISG / P. Viscasillas, p. 1-12 -- Researching the CISG / A. Kritzer, p. 13-23 -- Conformity of goods under the CISG / L. Mistelis, p. 24-35 -- The right to avoid the contract / I. Schwenzer, p. 36-43 -- Calculating damages under the United Nations Convention on the International Sale of Goods / J. Y. Gotanda, p. 44-54 -- Exemption of damages under article 79 CISG / A. Garro, p. 56-57.

Junto con el informe sobre las actuaciones del seminario para profesionales titulado "Practical implications of the CISG", 17 de noviembre de 2008.

Atamer, Y. M. Milletlerarasi satim hukuku milletlerarasi mal satimina ilişkin sözleşmeler hakkinda birleşmiş milletler antlaşmasi (CISG). Istanbul, XII Levha, 2008. xxiv, 374 p.

En turco. Título en español: Legislación internacional sobre la compraventa: Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980).

Se reproduce la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980) en turco, págs. 311 a 340 y en inglés, págs. 341 a 371.

Benedick, G. Die Informationspflichten im UN-Kaufrecht (CISG) und ihre Verletzung: unter Berücksichtigung des Zusammenspiels mit dem nationalen schweizerischen Recht. München, Sellier; Bern, Stämpfli Verlag AG, 2008. xliii, 366 p. (Beiträge zum internationalen Wirtschaftsrecht, Bd. 9 = Contributions on international commercial law, vol. 9).

En alemán, con un resumen en inglés.

Título en español: El deber de informar en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980) y su incumplimiento: estudio de la relación con la legislación nacional de Suiza.

Incluye referencias bibliográficas, págs. xxi a xxxv.

Borges, R. S. The United Kingdom and the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG): to ratify or not to ratify? *Journal of international maritime law* (Witney, UK) 14:4:331-338, 2008.

Bridge, M. A law on international sale of goods. *Hong Kong law journal* (Hong Kong) 37:1:17-40, 2007.

Brödermann, E. Cornerstones of the newly created Chinese European Arbitration Centre ("CEAC"): a modern approach to international arbitration. *In* Business Law. E. Brödermann. 8th *ed*. Hamburg, Brödermann & Jahn, 2009. Ch. 2. p. 45-60.

Disponible también en chino, págs. 61 a 73.

Carette, N. Direct contractual claim of the sub-buyer and international sale of goods: applicable law and applicability of the CISG. *European review of private law* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 16:4:583-605, 2008.

Castellani, L. Assurer l'harmonisation du droit des contrats aux niveaux régional et mondial: la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et le rôle de la CNUDCI. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Roma) 13:1/2:101-113, 2008.

_____. Considerations on the uniform interpretation of the CISG in China. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, China) 8:1-6, 2008.

En chino. Título original que figura en el artículo:
《联合国国际货物销售合同公约》在中国统一解释之考量.

_____. Ensuring harmonization of contract law at regional and global level: the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the role of UNCITRAL. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Roma) 13:1/2:115-126, 2008.

Chen, Lihu *and* Zhu Ping. Specific performance under the CISG: with comments on article 107 of the contract law of the People's Republic of China. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, China) 8:289-306, 2008.

En chino. Título original que figura en el artículo:
CISG 之下的实际履行制度研究 - 兼评中国《合同法》第 107 条.

Diener, K. W. Recovering attorneys' fees under CISG: an interpretation of article 74. *Nordic journal of commercial law* (Turku, Finland) 1:2008.

Documento electrónico. Puede consultarse en: www.njcl.fi/1_2008/article3.pdf.

Di Matteo, L. A. International sales law: Convention on Contracts for the International Sale of Goods. *In* The law of international contracting. Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009. Ch. 6. p. 183-267.

En la publicación se reproduce el texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980), págs. 451 a 478, la Convención sobre la Prescripción (1974/1980), págs. 479 a 487, y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas (2005), págs. 559 a 571.

Djokić, D. Merodajno pravo pri mednarodni prodaji blaga. *Mednarodno poslovno pravo* (Ljubljana) 19:212:23-26, 2008.

En esloveno. Título en español: Legislación aplicable a la compraventa internacional de mercaderías.

Dodge, W. S. Teaching the CISG in contracts. *Journal of legal education* (Washington, D.C.) 50:72-94, 2000.

Puede consultarse también una versión electrónica en http://w3.uchastings.edu/dodge_01/CISG.pdf.

Droz, J. La livraison d'un aliud est-elle une contravention essentielle au sens de l'article 25 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises? *In* L'harmonisation internationale du droit. Chappuis, C., B. Foëx *and* T. K. Graziano, *éds*. Genève, Schulthess, 2007. p. 209-221.

Ferrari, F., *ed*. The CISG and its impact on national legal systems. Munich, Sellier, 2008. vii, 489 p.

El contenido de esta publicación está dedicado enteramente a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980): Country reports, p. 3-343 -- The CISG impact on EU legislation / S. Troiano, págs. 345 a 411 -- The CISG and its impact on national legal systems: general report / F. Ferrari, págs. 413 a 480.

Ferrari, F. The interaction between the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and domestic remedies. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 71:1:52-80, 2007.

_____. La vendita internazionale: applicabilità ed applicazioni della Convenzione delle Nazioni unite sui contratti di vendita internazionale di beni mobile. 2. *ed*. Padova, Italy, CEDAM, 2006. xi, 434 p. (Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol. 21).

En italiano. Título en español: La compraventa internacional: aplicabilidad y aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980).

Flechtner, H. M. Conformity of goods, third party claims, and buyer's notice of breach under the United Nations Convention ("CISG"), with comments on the "Mussles case", the "Stolen automobile case," and the "Ugandan used shoes case". University of Pittsburgh School of Law, 2007. (University of Pittsburgh School of Law working paper series, paper 64).

Puede consultarse también una versión electrónica en: http://law.bepress.com/pittlwps/papers/art64.

_____, R. A. Brand *and* M. S. Walter, *eds*. Drafting contracts under the CISG. New York, Oxford University Press, 2007. xxxi, 597 p. (CILE studies, vol. 4).

Friehe, H. A. *and* W. Huck. Das UN-Kaufrecht in sieben Sprachen. *Internationales Handelsrecht* (Hamburg) 8:1:14-26, 2008.

In German. Translation of title: The United Nations Sales Convention (1980) in seven languages.

Garro, A. M. CISG Advisory Council Opinion No. 7, exemption of liability for damages under article 79 of the CISG. *Internationales Handelsrecht* (Hamburg) 8:3:122-132, 2008.

Gauci, C. Australia: dealing with the unknown - which law really applies to your international contract? *Mondaq*, 2008.

Documento electrónico. Puede consultarse en: www.mondaq.com/article.asp?articleid=62472.

Gichangi, E. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a case for ratification by Kenya. *Kenya law review* (Nairobi) 1:305-322, 2007.

Gruber, P. U. The Convention on the International Sale of Goods (CISG) in arbitration = La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) et l'arbitrage. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 1:15-34, 2009.

En inglés y francés.

Guo, Yujun *and* Jin Ting. Summary of the 2007 International seminar on the application and interpretation of the CISG in Member States. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, China) 8:330-337, 2008.

En chino. Título original que figura en el artículo:
1980 年 CISG 在成员国的适用与解释国际研讨会综述.

Han, Jian. The application of CISG in international arbitration: the Chinese experience. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, China) 8:272-279, 2008.

En chino. Título original que figura en el artículo:
四、专题二: CISG 在成员国的适用与解释 国际研讨会.

Heutger, V. Ein gemeineuropäisches Kaufrecht: Vision oder nahe Zukunft? Frankfurt am Main, P. Lang, 2007. 258 p. (Salzburger Studien zum europäischen Privatrecht, Bd. 22).

En alemán. Título en español: Legislación uniforme de la compraventa: ¿Una visión o un futuro cercano?

Incluye referencias bibliográficas, págs. 244 a 258.

Hondius, E. CISG and a European Civil Code: some reflections. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 71:1:99-114, 2007.

_____ *and others*. Sales (PEL S). Munich, Sellier, 2008. xl, 485 p. (Principles of European law, vol. 6)

Huber, P. *and* A. Mullis. The CISG: a new textbook for students and practitioners. München, Sellier, 2007. xxiii, 408 p.

International conference on "Institutional arbitration in infrastructure and construction". UNCITRAL-CIAC Conference, October 16-18, 2008. New Delhi, India. Conference papers. 143 p.

Documentos de la Conferencia en los que se examina la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980): Judicial approaches to the interpretation of CISG / P. Landolt, p. 31-41 -- CISG and the Indian law: a comparative analysis / S. Dholakia, págs. 43 a 50.

Kannowski, B., L. Gerling *and* G. Burret. Zum internationalen Gerichtsstand der Kaufpreisklage im Wechselspiel von EuGVVO und UN-Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht* (Hamburg) 8:1:2-8, 2008.

En alemán. Título en español: El lugar de jurisdicción para las reclamaciones sobre el precio de venta en la relación entre el reglamento CEE Nº 44/2001 y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980).

Kato, R. Clausula rebus sic stantibus under the Vienna Sales Convention on article 79 of the CISG. *Kokusai Shōji Hōmu* (Tokyo) 37:1:5-14, 2009.

En japonés. El título en inglés es el que aparece en el índice.

_____. The principle of good faith in international trade: under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). *Kokusai Shōji Hōmu* (Tokyo) 36:12:1595-1610, 2008.

En japonés. El título en inglés es el que aparece en el índice.

Klotz, J. M., P. J. Mazzacano *and* A. I. Pribetic. All quiet on the CISG front: Guiliani v. Invar Manufacturing, the battle of the forms, and the elusive concept of terminus fixus. *Canadian business law journal = Revue canadienne du droit de commerce* (Aurora, Ont.) 46:3:430-442, 2008.

Klotz, J. M. International sales agreements: an annotated drafting and negotiating guide. 2nd *ed*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer, 2008. xxvi, 434 p.

Koehler, M. F. *and* G. Yujun. The acceptance of the unified sales law (CISG) in different legal systems: an international comparison of three surveys on the exclusion of the CISG's application conducted in the United States, Germany and China. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:45-[52], spring 2008.

Kokusaibijinesuhouforum 2007nen9gatsu18nichi. *JCA journal* (Tokyo) 55:3:24-45, 2008.

En japonés. Título en español: (Transcripción de) Foro sobre el derecho comercial internacional 18.09.2007 (Continuación del número de febrero).

El artículo abarca las siguientes presentaciones: Introduction to the Vienna Convention (CISG) for professionals dealing with contracts / Akira Saito and Nao Takasugi, p. 24 -- The Vienna Convention (CISG) in the context of international commercial arbitration / Masaharu Otsuki, p. 34 -- Application of the Vienna Convention (CISG) in foreign judgements / Noboru Kashiwagi, p. 37.

Комаров, А. С. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: практика применения в России и за рубежом. Москва, Волтерс Клувер, 2007. xviii, 267 p.

Коржов, Е. Н. Юридико-экономический анализ эффективности реализации исполнения в натуре на основе применения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года. *Московский журнал международного права* (Москва) 70:2:120-138, 2008.

Krätzschmar, T. Öffentlichrechtliche Beschaffenheitsvorgaben und Vertrags-mässigkeit der Ware in UN-Kaufrecht (CISG). München, Sellier, 2008. xxi, 202 p. (Beiträge zum internationalen Wirtschaftsrecht, Bd. 10 = Contributions on international commercial law, vol. 10).

En alemán, con un resumen en inglés.

Título en español: Conformidad de las mercaderías con arreglo al derecho público y los requisitos contractuales establecidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980).

Incluye referencias bibliográficas, págs. 185 a 198.

Kwatra, G. K. Arbitration and conciliation law of India: with case law on UNCITRAL Model Law on Arbitration and Sale of Goods. 7th *ed*. New Delhi, Indian Council of Arbitration, 2008. xxiii, 1018 p.

Linne, A. L. Burden of proof under article 35 CISG. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:31-[42], spring 2008.

Lookofsky, J. Understanding the CISG: a compact guide to the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods. 3rd *ed*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2008. xii, 243 p.

_____ *and* H. Flechtner. Zapata retold: attorneys' fees are (still) not governed by the CISG. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pa.) 26:1-2:1-9, 2006-2007.

Mainz, P. H. CISG - the structure of remedies. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 71:1:13-34, 2007.

Mak, V. Book review of: CISG and the unification of international trade law / by B. Zeller. London, Routledge-Cavendish, 2007. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (London) 4:578-580, November 2008.

_____. Performance-oriented remedies in European sale of goods law. Oxford, England; Portland, Or., Hart Pub., 2009. xxii, 222 p.

Incluye referencias bibliográficas, págs. [211] a 218, cuadro de casos e índice.

Marguénaud, J.-P. *et* P. Remy-Corlay. Hong Kong n'est pas partie à la Convention de Vienne. *Revue trimestrielle de droit civil* (Paris) 2:264-267, avril/juin 2008.

Martin, C. H. The Electronic Contracts Convention, the CISG and new sources of e-commerce law. *Tulane journal of international and comparative law* (Tulane, La.) 16:467, 2008.

Mazzacano, P. J. Harmonizing values, not laws: the CISG and the benefits of a neo-realist perspective. *Nordic journal of commercial law* (Turku, Finland) 1:2008.

Documento electrónico. Puede consultarse en: www.njcl.fi/1_2008/article1.pdf.

Meyer, O. Die privatautonome Abbedingung der vorvertraglichen Abreden: Intergrationsklauseln im internationalen Wirtschaftsverkehr. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 72:3:562-600, 2008.

En alemán. El título en inglés proviene del índice: Private autonomy and the exclusion of pre-contractual negotiations: integration clauses in international commerce.

Mistelis, L. 2006 in retrospect. *Global arbitration review* (London) 2:1:23-26, 2007.

Mullis, A. Twenty-five years on - the United Kingdom, damages and the Vienna Sales Convention. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 71:1:35-51, 2007.

Niibori, Satoshi. Gulobalu Shoutorihikihoukakuron: Wien baibaijyouyaku to boueki jitsumu (18/Kan). *JCA journal* (Tokyo) 55:8:28-33, 2008.

En japonés. Título en español: Panorama del derecho comercial mundial: la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980) y las prácticas comerciales (18°, final).

_____. Gurobaru Shotorihikiho Kakuron, Wien Baibai Joyaku go no Kokusai Shotorihiki-ho Toitsu no Yukue, Joyaku kara Restatement he. *JCA journal* (Tokyo).

Pt. 1 *in* 55:9:40-45, 2008;
Pt. 2 *in* 55:10:53-55, 2008;
Pt. 3 *in* 55:11:38-42, 2008;
Pt. 4 *in* 56:2:56-61, 2009.

En japonés. Título en español: Temas de derecho comercial mundial, armonización del derecho comercial internacional tras la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980): del tratado a la recopilación de jurisprudencia.

Nishiguchi, Hiroyuki. Wien Baibai Joyaku to Junkyo-ho Sentaku Joko, -Do-joyaku 95 Jo Ryuho Kahi Mondai to Kongo no Jitsumu-men no Taiou. *JCA journal* (Tokyo) 55:11:10-16, 2008.

En japonés. Título en español: la cláusula de la legislación aplicable en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980) - cuestión de la posibilidad de reserva al amparo del artículo 95 y prácticas futuras.

Nottage, L. Who's afraid of the Vienna Sales Convention (CISG)?: a New Zealander's view from Australia and Japan. *Victoria University of Wellington law review* (Wellington) 36:4:815-845, 2005.

También disponible en versión electrónica. Puede consultarse en: www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLRev/2005/39.html.

Pejovic, C. Stoppage in transit and right of control: "conflict of rules"? *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:129-[149], spring 2008.

Perea, T. Treibacher Industrie, A.G. v. Allegheny Technologies, Inc.: a perspective on the Lackluster implementation of the CISG by American courts. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:191-213, spring 2008.

Raczynska, M. Recoverability of the buyer's lost resale profit under CISG. *Nordic journal of commercial law* (Turku, Finland) 2:2007.

Documento electrónico. Puede consultarse en: www.njcl.fi/2_2007/article2.pdf.

Reimann, M. The CISG in the United States: why it has been neglected and why Europeans should care. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 71:1:115-129, 2007.

Rösler, V. H. Book review of: Gesetzesauslegung in den USA and in Deutschland. Historische Entwicklung, moderne Methodendiskussion und die Auswirkungen von Divergenzen für das internationale Einheitskaufrecht (CISG) (Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2003) / by P. Melin. Tübingen, Germany, Mohr Siebeck, 2005. xvii, 598 p. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 72:1:186-191, 2008.

En alemán. Título en español del libro examinado: La interpretación de la ley en los EE.UU. y en Alemania. Evolución histórica, examen de los métodos modernos y efectos de las divergencias en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980).

_____. Siebzig Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel. Werk- und Wirkgeschichte. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 70:4:793-805, 2006.

En alemán. Título en español: Setenta años de legislación sobre la compraventa de mercaderías por Ernst Rabel. Historia del trabajo y la eficacia.

Saidov, D. *and* R. Cunnington. Contract damages: domestic and international perspectives. Oxford; Portland, Or., Hart Pub., 2008. xxxiii, 495 p.

Saidov, D. The law of damages in international sales: the CISG and other international instruments. Oxford, England; Portland, Or., Hart Pub., 2008. xxvii, 294 p.

Incluye referencias bibliográficas, págs. [267] a 280, table of cases and index.

Sambugaro, G. Incorporation of standard contract terms and the "battle of forms" under the 1980 Vienna Sales Convention (CISG). *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 1:69-79, 2009.

Sandvik, B. Kolliderande standardavtal - ett slag för knock-out. *Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland* (Helsingfors) 2:115-136, 2008.

En finés.

Scheffler, G. Book review of: Der Nacherfüllungsanspruch nach UN-Kaufrecht im Lichte der deutschen, spanisch-mexikanischen und US-amerikanischen Rechtswissenschaft / by E. M. Ratz. Bd. 127. Frankfurt am Main, P. Lang Europäischer Verlag der Wissenschaften, 2006. 330 p. *Verfassung und Recht in Übersee* (Hamburg) 41:2:262-263, 2008.

En alemán. Título en español del libro examinado: La reclamación de ejecución suplementaria en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980) a la luz de la jurisprudencia alemana, hispano-mexicana y EE.UU.-americana.

Schlechtriem, P. *et* C. Witz. Convention de Vienne sur les contrats de vente internationales de marchandises: champ d'application formation du contrat effets de la vente droits et obligations des parties inexécution et moyens. Paris, Dalloz, 2008. xviii, 349 p.

Schlechtriem, P. Legal costs as damages in the application of UN Sales Law. *Journal of law and commerce* (Pittsburgh, Pa.) 26:1-2:71-80, 2006-2007.

Schmidt-Kessel, M. *and* L. Meyer. Allgemeine Geschäftsbedingungen und UN-Kaufrecht. *Internationales Handelsrecht* (Hamburg) 8:5:177-220, 2008.

En alemán. Título en español: Términos y condiciones generales y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980).

Schneider, M. UNCITRAL rejects confidentiality rule. *Global arbitration review* (London) 2:1:3, 2007.

Schwenser, I. *and* C. Fountoulakis, *eds*. International sales law. Abingdon, UK; New York, Routledge-Cavendish, 2006. xxxix, 617 p.

Sheaffer, C. The failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a proposal for a new uniform global code in international sales law. *Cardozo journal of international and comparative law* (New York) 15:2:461-495, 2007.

Song, L. Award of interest in arbitration under article 78 CISG. *Uniform law review = Revue de droit uniforme* (Roma) 12:4:719-731, 2007.

Spagnolo, L. Opening Pandora's box: good faith and precontractual liability in the CISG. *Temple international and comparative law journal* (Philadelphia, Pa.) 21:261-310, 2007.

Troiano, S. The CISG's impact of EU legislation. *Internationales Handelsrecht* (Hamburg) 8:6:221-264, 2008.

United Nations Commission on International Trade Law Secretariat. UNCITRAL Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods. New York, United Nations, 2008. xv, 403 p.

Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.08.V.15.

Викторова, Н. Н. Особенности установления дополнительного срока для исполнения обязательств по договору международной купли-продажи товаров. *Журнал международного частного права* (Москва) 55:1, 2007.

Weizuo, C. The conflict of laws in the context of the CISG: a Chinese perspective. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:115-[123], spring 2008.

Whittington, N. Reconsidering domestic sale of goods remedies in light of the CISG. *Victoria University of Wellington law review* (Wellington) 37:421-449, 2006.

Wien Baibaijyouyaku wo meguru Kokusaikeiyakunoshinjidai (Kokusaibijinesuhouforum zenkiroku). *JCA journal* (Tokyo) 55:2:62-72, 2008.

En japonés. Título en español: Nueva era en los contratos internacionales en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980). (Grabaciones completas del Foro sobre el derecho comercial internacional).

El artículo incluye presentaciones sobre el desarrollo a nivel mundial de la unificación del derecho internacional privado por Kazuaki Sono y un estudio sobre la adhesión a la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980) y sus perspectivas de futuro por Hiroo Sono.

Wildner, K. Art. 19 CISG: the German approach to the battle of the forms in international contract law: the decision of the Federal Supreme Court of Germany of 9 January 2002. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:1-[18], spring 2008.

Witz, C. Droit uniforme de la vente internationale de marchandises: juillet 2006-décembre 2007. *Recueil Dalloz* (Paris) 184:37:2620-2630, 2008.

Yang, Fan. PRC's two reservations and the application of the CISG in CIETAC arbitration. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, China) 8:307-329, 2008.

En chino. Título original que figura en el artículo:
中国对 CISG 的保留及该公约在 CIETAC 仲裁中的适用.

Yongping, X. *and* L. Weidi. Selected topics on the application of the CISG in China. *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:61-[92], spring 2008.

Zeller, B. CISG and the unification of international trade law. Abingdon, England, Routledge-Cavendish, 2007. xi, 116 p.

Zheng, Xinjian. The application of CISG in the domestic courts in Guangdong Province of China. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, China) 8:280-288, 2008.

En chino. Título original que figura en el artículo:
CISG 在中国广东涉外商事审判中的适用.

Zimmerman, R. Symposium: CISG - the 25th anniversary: its impact in the past and its role in the future. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 71:1:9-12, 2007.

Zoll, F. The impact of the Vienna Convention on the International Sale of Goods on Polish law, with some references to other Central and Eastern European countries. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 71:1:81-98, 2007.

2007 International seminar: the application and interpretation of the CISG in Member States: seminar papers. Wuhan, China, Wuhan University Institute of International Law, 2007. 379 p.

En chino e inglés.

Título original que figura en la portada:
1980 年《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)在成员国的活用与解释 国际研讨会论文集.

III. Arbitraje y conciliación comercial internacional

Aa, de Fina. The New York Convention - 50 years on. *Indonesia arbitration quarterly newsletter* (Jakarta) 4:2-10, 2008.

Abdel Wahab, M. S. Challenging arbitrators and the Egyptian Constitutional Court. *International Law Office newsletters*, 1 May 2008.

Documento electrónico. Puede consultarse en:
www.internationallawoffice.com/.

Al-Emadi, T. Qatar arbitration law: some central issues. *International arbitration law review* (London) 11:2:69-83, 2008.

Allsop, J. International maritime arbitration: legal and policy issues. *Journal of international maritime law* (Witney, UK) 13:6:398-415, 2007.

Al Naddaf, H. Arbitration in Qatar: a call for reform. *Al Tamimi law update* (Dubai) 205:30-33, 2008.

Al Tamimi, E. *and* E. Van Son. The DIAC rules and the new U.A.E. arbitration law. *Journal of international arbitration* (The Netherlands) 25:2:211-217, 2008.

Al Zeid, N. G. Settlement of disputes in BOT contracts = Règlement des litiges dans les contrats BOT. *Lebanese review of Arab and international arbitration = Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international* (Beirut) 44:6-13, 2007.

En árabe. Título original que figura en el artículo:
البوت نظام عقد في المنازعات تسوية.

Amrallah, B. Les tendances de la jurisprudence égyptienne en matière d'exécution des sentences arbitrales étrangères à la lumière de la Convention de New York = Execution of foreign arbitral awards and the New York Convention in the Egyptian Case Law. *Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international = Lebanese review of Arab and international arbitration* (Beirut) 44:20-25, 2007.

Anderson, R. N. M. International commercial arbitrations in the United Kingdom: the Scottish dimension. *Construction law journal* (London) 24:5:410-414, 2008.

Asouzu, Amazu A. Some fundamental concerns and issues about international arbitration in Africa. *Law for development review* (Tunis) 1:81-98, 2006.

Atteritano, A. La «jurisdiction» del giudice statale nei procedimenti di «enforcement» dei lodi arbitrali stranieri disciplinati della Convenzione di New York del 1958. *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (Padova, Italy) 1:115-136, 2007.

En italiano. Título en español del artículo: La jurisdicción de los tribunales nacionales en la ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero en el marco de la Convención de Nueva York (1958).

Berg, A. van den. New York Convention of 1958: refusals of enforcement. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (Paris) 18:2:15-49, 2007.

Berger, K. P. Private dispute resolution in international business: negotiation, mediation, arbitration. The Hague, Kluwer, 2006. Vol. 2. xxxiii, 637 p.

_____. The settlement privilege: a general principle of international ADR law. *Arbitration international* (London) 24:2:265-276, 2008.

Berkowitz, D., J. Moenius *and* K. Pistor. Legal institutions and international trade flows. *Michigan journal of international law* (Ann Arbor, Mich.) 26:1:163, 2004.

Binder, P. M. Comments on the draft Georgian Arbitration Law. *Georgian law review* (Tbilisi) 10:2/3:182-203, 2007.

En inglés y georgiano en páginas contiguas.

Bjorklund, A. K. Mandatory rules of law and investment arbitration. *American review of international arbitration* (New York) 18:1-2:175-204, 2008.

Böckstiegel, K.-H., S. M. Kröll *and* P. Nacimiento, *eds*. Arbitration law in Germany: the Model Law in practice. Leiden, The Netherlands, Kluwer Law International, 2007. xxxvii, 1223 p.

Bonnell, M. When is an arbitration agreement "inoperative". *International arbitration law review* (London) 11:3:111-117, 2008.

Bridgeman, J. The arbitrability of competition law disputes. *European business law review* (Paris) 19:1:147-174, 2008.

Brödermann, E. Cornerstones of the newly created Chinese European Arbitration Centre ("CEAC"): a modern approach to international arbitration. *In* Business law. Brödermann E. 8th *ed*. Hamburg, Brödermann & Jahn, 2009. Ch. 2. p. 45-60.

Disponible también en chino, págs. 61 a 73.

Brower, C. N. W(h)ither international commercial arbitration?: The Goff lecture 2007. *Arbitration international* (London) 24:2:181-197, 2008.

Bukar, B. A. The role of Nigerian courts in facilitating domestic and international commercial arbitration. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienna) 12:2:177-194, 2008.

Cambridge, J. L. Privatization of public services: UNCITRAL and transparency. *World arbitration and mediation review* (Huntington, N.Y.) 1:6:1-6, 2007.

Caron, D. D., L. M. Caplan *and* M. Pellonpää. The UNCITRAL arbitration rules: a commentary. New York, Oxford University Press, 2006. xiii, 1066 p.

Se presenta un comentario del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) basado en los antecedentes de su redacción, la práctica del Tribunal de reclamaciones Irán-EE.UU., la práctica de los tribunales para la aplicación del capítulo 11 del TLCAN y otros tribunales establecidos con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976). Se reproduce el texto del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, págs. 1011 a 1025 y las Notas sobre el Proceso Arbitral de la CNUDMI (1996), págs. 1027 a 1048.

Carrara, C. Remedies against awards in international arbitration - setting aside of awards under Italian law. *International arbitration law review* (London) 10:1:7-12, 2007.

Castello, J. E. Report on the UNCITRAL Arbitration Working Group. *Dispute resolution journal* (New York) 63:2:7-8, May-July 2008.

Čerka, P. Arbitražinės išlygos galiojimo klausimai lietuvos teismų jurisprudencijoje. *International journal of Baltic law* (Jacksonville, Fla.) 3:4:92-105, 2007.

En lituano, con un resumen en inglés.

Título en español: Cuestiones sobre la validez de la cláusula de arbitraje en la jurisprudencia de los tribunales de Lituania.

Changaroth, A. International arbitration - a consensus on public policy defences? *Asian international arbitration law journal* (Singapore) 4:2:143-174, 2008.

Chapaev, R. *and* V. Bradautanu. International commercial arbitration in the CIS and Mongolia. *American review of international arbitration* (New York) 17:3:411-467, 2006.

Chedly, L. L'arbitrage international en droit tunisien. Quatorze ans après le Code. *Journal du droit international* (Paris) 135:2:389-440, 2008.

Chokheli, N. Book review of: International commercial arbitration and conciliation in UNCITRAL Model Law jurisdictions / by P. Binder. London, Sweet & Maxwell, 2005. *Georgian law review* (Tbilisi) 10:1:172-175, 2007.

En inglés y georgiano en páginas contiguas.

Chovancova, K. Enforcement of arbitral awards in the new countries of the European Union. *European review of private law = Europäische Zeitschrift für Privatrecht = Revue européenne de droit privé* (The Hague) 16:6:995-1007, 2008.

En inglés con resúmenes en francés, inglés y alemán.

Clay, T. La Convention de New York vue par la doctrine française. *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 26:3:467-478, 2008.

Croft, C. Proposed changes to the UNCITRAL Arbitration Rules. *Arbitrator & mediator* (Melbourne) 27:2:57-70, December 2008.

Daly, B. W. The Permanent Court of Arbitration in Indian treaties: its role, potential procedural problems, and drafting solutions. *Indian journal of international law* (New Delhi) 47:3:359-376, 2007.

Dammann, A. Vacating arbitration awards for mistakes of fact. *Review of litigation* (Austin, Tex.) 27:3:442-514, 2008.

Danov, M. The law governing arbitrability under the Arbitration Act 1996. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (London) 4:536-546, November 2008.

Davidson, F. Some thoughts on the Scottish Arbitration Code. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (London) 74:4:348-359, 2008.

_____. Some thoughts on the Scottish Arbitration Code. *Journal of business law* (London) 1:44-67, 2009.

Davies, M. Court-ordered interim measures in aid of international commercial arbitration. *American review of international arbitration* (New York) 17:3:299-334, 2006.

De Germiny, L. Arbitration law reform in Hong Kong: furthering the UNCITRAL Model Law. *Asian dispute review* (Hong Kong) 73-78, July 2008.

Đorđević, M. International (cross-border) insolvency. *In* Zakonodavstvo i praksa: zbornik radova sa regionalne konferencije o stečaju, Banja Luka 14. i 15. februar 2008 = Legislation and practice: collection of reports presented at the regional conference on insolvency, Banja Luka, 14th and 15th of February 2008. Beograd, Jugoslovenski pregled, 2008. p. 231-237, p. 487-492.

En inglés y serbio.

Dubai enacts new arbitration law. *In* 2008 International arbitration report. Fulbright & Jaworski L.L.P. No. 2, p. 19-21.

El Hakim, J. La nouvelle loi sur l'arbitrage en Syrie du 25 mars 2008. *Revue de l'arbitrage* (Paris) 4:659-676, octobre/décembre 2008.

Ellig, A. *and* R. Lanctot. A decision looms: how passage of the United States Arbitration Fairness Act of 2007 would contradict principles underlying the New York Convention and affect the United States' role in international commerce. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienna) 12:2:249-270, 2008.

Esplugues Mota, C. Arbitraje marítimo internacional. 2nd *ed*. Madrid, Thomson/Civitas, 2007. 824 páginas (Estudios sobre arbitraje).

Fauvarque-Cosson, B. *et* A. Wald, *dir*. L'arbitrage en France et en Amérique latine à l'aube du XXIe siècle: aspects de droit comparé. Paris, Société de législation comparée, 2008. 422 p.

Favre-Bulle, X. 50 years of the New York Convention on Enforcement of Awards: conventional wisdom and recent developments. *In* New developments in international commercial arbitration. Geneva, Schulthess, 2008. p. 61-79.

Fernyhough, R. A world of choice: the competition for international arbitration work (pt. 2). *Asian dispute review* (Hong Kong) 79-82, July 2008.

La primera parte del artículo puede encontrarse en *Asian dispute review*, Abril de 2008, págs. 44 a 47.

Fohlin, P. A case for a right of appeal from negative jurisdictional rulings in international arbitrations governed by the UNCITRAL Model Law. *Asian dispute review* (Hong Kong) 113-117, October 2008.

Foster, K. G. Collecting from sovereigns: the current legal framework for enforcing arbitral awards and court judgments against States and their instrumentalities, and some proposals for its reform. *Arizona journal of international and comparative law* (Tucson, Ariz.) 25:3:665-731, 2008.

Garnett, R. *and* K. Steele. In search of an appropriate standard for reasons in arbitral awards. *International arbitration law review* (London) 10:4:111-116, 2007.

Georgiev, G. S. The award in Saluka investments v. Czech Republic. *In* The reasons requirement in international investment arbitration: critical case studies. Alvarez, G. A. *and* W. M. Reisman, *eds*. Leiden, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 2008. Ch. 5. p. 149-190.

Girsberger, D. *and* N. Voser. International arbitration in Switzerland. Geneva, Schulthess, 2008. xli, 375 p.

Godwin, P. Japanese arbitration in the wake of the 2004 reforms: time to recognize the end of the Ragan myth. *JCAA newsletter* (Tokyo) 21:1-4, November 2008.

Gruber, P. U. The Convention on the International Sale of Goods (CISG) in arbitration = La Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) et l'arbitrage. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 1:15-34, 2009.

En francés e inglés.

Gunter, P.-Y. Transnational rules on the taking of evidence. *In* Towards a uniform international arbitration law? Gaillard E. P., *ed*. New York, Juris Pub., 2005. p. 129-148.

Haloush, H. A. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 25:3:355-364, 2008.

Harmathy, A. New experiences of international arbitration: with special emphasis on legal debates between parties from Western Europe and Central and Eastern Europe. *Electronic journal of comparative law* 11.3:1-15, 2007.

Documento electrónico. Puede consultarse en: www.ejcl.org/113/article113-11.pdf.

Hasan, M. Enforcement of foreign arbitration awards in Indonesia's court. *Indonesia arbitration quarterly newsletter* (Jakarta) 4:17-19, 2008.

Heilbron, H. A practical guide to international arbitration in London. London, Informa, 2008. xxiv, 356 p. (Dispute resolution guides).

Contiene: Apéndice B.1: índice de la comparación de las normas de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), la Corte Penal Internacional (CPI), el Centro Internacional de Solución de Controversias (ICDR) y la CNUDMI, págs. 191 a 195 -- Apéndice B.2: índice de las normas de la LCIA, la CPI, el ICDR y la CNUDMI en orden numérico, págs. 196 a 199 -- Apéndice B.3: comparación de las normas de la LCIA, la CPI, el ICDR y la CNUDMI, págs. 200 a 268.

Hiber, D. *and* V. Pavić. Arbitration and crime. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 25:4:461-478, 2008.

Hickie, K. R. The enforceability of interim measures of protection granted by arbitral tribunals outside the seat of arbitration: a new approach. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienna) 12:2:221-248, 2008.

Hilmer, S. E. Did arbitration fail India or did India fail arbitration. *International arbitration law review* (London) 10:2:33-37, 2007.

_____. Hong Kong: expected legislative arbitration amendments. *International arbitration law review* (London) 10:5:N61-N63, 2007.

Ho, Jean. Decoding Singapore's International Arbitration Act, Section 12 (7). *Arbitration international* (London) 24:4:609-614, 2008.

Horn, N. Current use of the UNCITRAL Arbitration Rules in the context of investment arbitration. *Arbitration international* (London) 24:4:587-601, 2008.

Hulbert, R. W. Institutional rules and arbitral jurisdiction: when party intent is not “clear and unmistakable”. *American review of international arbitration* (Huntington, N.Y.) 17:4:545-574, 2008.

Hwang, M. *and* F. Lee Cheng. Relevant considerations in choosing the place of arbitration. *Asian international arbitration law journal* (Singapore) 4:2:195-220, 2008.

Imhoos, C., D. Rooz *and* C. Séraglini. Arbitrage international et autres modes de règlement des conflits = International arbitration and alternative dispute resolution. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 5:718-734, 2008.

En inglés y francés.

International conference on "Institutional arbitration in infrastructure and construction". UNCITRAL-CIAC Conference, October 16-18, 2008. New Delhi, India. Conference papers. 143 p.

Documentos de la Conferencia en los que se examinan los textos de la CNUDMI sobre arbitraje y conciliación: The effect of gradual liberalization of the definition of "an agreement in writing" / T. Kennedy, p. 1-17 -- The application of the doctrine of "forum non convenies" to enforcement proceedings / C. Croft, p. 19-30 -- Arbitral awards - challenges and enforcement / P. H. Parekh, p. 65-70.

Jacquet, J.-M. *et* E. Jolivet, *dir*. Les mesures provisoires dans l'arbitrage commercial international - évolutions et innovations. Paris, LexisNexis, 2007. x, 144 p.

Véase, en particular, el cap. 3 relativo al trabajo de la CNUDMI en materia de arbitraje, págs. 61 a 144.

Jamil, S. Pakistan's implementation of the New York Convention. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (London) 74:2:170-180, 2008.

Jenkins, J. *and* S. Stebbings. International construction arbitration law. Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2006. xx, 442 p.

Jianqiang, Li. Development of mutual enforcement of arbitration awards in Mainland and Hong Kong - from the perspective of enforcement of Mainland award in HK Court. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, China) 5:344-358, 2006.

En chino, con un resumen en inglés, pág. 358.

Título original del artículo extraído del índice:

香港与内地相互执行仲裁裁决制度之发展-

以内地仲裁裁决在香港法院的执行为视角.

Joint report of the International Commercial Disputes Committee and the Committee on Arbitration of the New York City Bar Association. Secretaries to International Arbitral Tribunals. *American review of international arbitration* (Huntington, N.Y.) 17:4:575-596, 2008.

Kachwaha, S. Enforcement of arbitration awards in India. *Asian international arbitration journal* (Singapore) 4:1:64-82, 2008.

Karabelnikov, B. *and* D. Pellew. Enforcement of international arbitral awards in Russia - still a mixed picture. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (Paris) 19:1:65-85, 2008.

Karrer, P. A. The civil law and common law divide: an international arbitrator tells it like he sees it. *Dispute resolution journal* (New York) 63:1:72-81, February-April 2008.

Kawharu, Amokura. New Zealand's Arbitration Law received a tune-up: a review to recent amendments to the New Zealand Arbitration Act 1996. *Arbitration International* (London) 24:3:405-421, 2008.

Kee, C. International arbitration and security for costs - a brief report on two developments. *American review of international arbitration* (New York) 17:2:273-280, 2006.

Kennedy-Grant, T. The New Zealand experience of the UNCITRAL Model Law: a review of the position as at 31 December 2007. *Asian international arbitration journal* (Singapore) 4:1:1-63, 2008.

Khin, E. E. Judicial supervision on commercial arbitration under the UNCITRAL Model Law and arbitration laws of the United Kingdom, the United States and Singapore. *Gendai Shakai Bunka Kenkyu* (Niigata, Japan) 40:235-261, 2007.

En inglés. Título en inglés de la publicación: The journal of the study of modern society and culture.

Knahr, C. *and* A. Reinisch. Transparency versus confidentiality in international investment arbitration - The Biwater Gauff Compromise. *Law and practice of international courts and tribunal*s (Leiden, The Netherlands) 6:97-118, 2007.

Книпер, Р. *и другие*. Сборник материалов по международному коммерческому арбитражу. Проект по международному коммерческому арбитражу в Туркменистане. Ашгабат, ТАСИС, 2008. 751 с.

Disponible también en línea en la dirección: http://science.gov.tm/files/projects/Reader_on_Arbitration_(rus_17Apr2008).pdf.

Koichi, Miki. Chusai no genzai to shorai (1). *JCA journal* (Tokyo) 55:5:2-11, 2008.

En japonés. Título en español: Presente y futuro del arbitraje (1ª de dos partes).

Комаров, А. С., С. Н. Лебедев *и* В. А. Мусин. Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства: постатейный научно-практический комментарий к Закону РФ "О международном коммерческом арбитраже". *Вып*. 2. Санкт-Петербург, Журнал «Третейский суд», 2007. 416 p.

Комаров, А. С. Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения. Москва, Статут, 2007. 523 p.

Kwatra, G. K. Arbitration and alternative dispute resolution: how to settle international business disputes: with supplement on Indian arbitration law. Geneva, ITC; New Delhi, Indian Council of Arbitration, 2008. xix, 420 p.

_____. Arbitration and conciliation law of India: with case law on UNCITRAL Model Law on Arbitration and Sale of Goods. 7th *ed*. New Delhi, Indian Council of Arbitration, 2008. xxiii, 1018 p.

Lamm, C. B., E. R. Hellbeck *and* C. Giorgetti. The new frontier of investor-state arbitration: annulment of NAFTA awards. *International arbitration law review* (London) 11:1:58-68, 2008.

Lanfang, F. Implementation of the New York Convention in China: a case study. *Asian international arbitration law journal* (Singapore) 4:2:123-136, 2008.

Lazic, V. Arbitration law reform in the Netherlands: formal and substantive validity of an arbitration agreement. *Electronic journal of comparative law* 11:1:1-17, 2007.

Documento electrónico. Puede consultarse en: www.ejcl.org/111/art111-16.pdf.

Lin, Mark. An introduction to the Administered Arbitration Rules of the Hong Kong International Arbitration Centre. *Asian dispute review* (Hong Kong) 9-11, January 2009.

Livingstone, M. L. Party autonomy in international commercial arbitration: popular fallacy or proven fact? *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 25:5:529-535, 2008.

Locquin, E. *and others*. Sources informelles du droit du commerce international = Chronicle of informal sources of international commercial law. *Revue de droi des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 1:92-116, 2008.

En inglés y francés.

Lord, S. *and* R. Baker. A comparison of the UNCITRAL Model Law and the Arbitration Rules of the Stockholm Chamber of Commerce. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienna) 12:2:203-220, 2008.

Luttrell, S. R. Lex arbitri Indonesia: the law, practice and place of commercial arbitration in Indonesia today. *International arbitration law review* (London) 10:6:190-205, 2007.

Magal, M. *and* I. Kisely. Overview (May 2008). Arbitration - Slovakia. *International Law Office newsletters*, 29 May 2008.

Documento electrónico. Puede consultarse en: www.internationallawoffice.com/.

Mainwaring-Taylor, C. *and* J. Sullivan. Litigating in the shadow of the New York Convention. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (London) 74:2:133-138, 2008.

Mangan, M. With the globalization of arbitral disputes, is it time for a new Convention. *International arbitration law review* (London) 11:4:133-142, 2008.

Manjiao, C. Is the Chinese Arbitration Act truly arbitration-friendly: determining the validity of arbitration agreement under Chinese Law. *Asian international arbitration journal* (Singapore) 4:1:104-120, 2008.

Mantakou, A. General principles of law and international arbitration. *Revue hellénique de droit international* (Athènes) 58:2:419-434, 2005.

Mantilla-Serrano, F. Book review of: International commercial arbitration in Latin America. Regulation and practice in the MERCOSUR and the associated countries / by D. Ferry. New York, Oceana, 2005. xxx, 691 p. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 72:1:184-186, 2008.

_____. Towards a transnational procedural public policy. *In* Towards a uniform international arbitration law? Gaillard E. P., *ed*. New York, Juris Pub., 2005. p. 163-198.

Marmazov, V. Y. *and* P. V. Pushkar. Settling international commercial disputes in Ukraine: participants, legal framework, arbitration: practice and enforcement of awards. *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (London) 74:3:237-246, 2008.

Marshall, F. UNCITRAL commences revision of its Arbitration Rules: what implications for investor-State disputes? *Asian dispute review* (Hong Kong) 26-28, January 2008.

Martel, D. La nullité de la sentence arbitrale. Lecture croisée franco-espagnole. *Revue internationale de droit comparé* (Paris) 60:2:487-513, 2008.

Merkin, R. *and* L. Flannery. Arbitration Act 1996. 4th *ed*. London, Informa, 2008. xxxiii, 376 p.

Se reproduce la Convención de Nueva York (1958), págs. 231 a 234, y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje (en su forma enmendada en 2006), págs. 253 a 264.

Mistelis, L. Reality test: current state of affairs in theory and practice relating to "lex arbitri". *American review of international arbitration* (New York) 17:2:155-181, 2006.

Mohtashami, R. Recent arbitration-related developments in the UAE. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 25:5:631-639, 2008.

Монастырский, Ю. Э. Дерогационный эффект арбитражной оговорки = Derogation effect of arbitration clause. *Московский журнал международного права* (Москва) 72:4:218-229, 2008.

En ruso e inglés.

Montineri, C. Legislative implementation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 10 June 1958). *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienna) 12:2:139-152, 2008.

Moses, M. L. The principles and practice of international commercial arbitration. Cambridge, Cambridge University Press, 2008. xviii, 340 p.

Moss, G. C. Arbitration and private international law. *International arbitration law review* (London) 11:4:153-164, 2008.

_____. Form of arbitration agreements: current developments within UNCITRAL and the writing requirement of the New York Convention. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (Paris) 18:2:51-63, 2007.

Nakamura, T. Final settlement of disputes on existence and effect of arbitration agreements under the UNCITRAL Model Law. *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 23:8:25-33, 2008.

Nanshen, Sun. Conflict of jurisdictions over civil and commercial cases with foreign elements and judicial review. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, China) 4:89-105, 2006.

En chino, con un resumen en inglés, págs. 104 a 105.

Título original extraído del índice:
涉外民商事案件的管辖冲突与司法审查.

Onuki, Masaharu. Chugoku, Hong Kong, Singapore, Oubei ni okeru Kokusai Shoji Chusai no Jittai. *JCA journal* (Tokyo) 55:12:46-51, 2008.

En japonés. Título en español: Datos sobre el arbitraje comercial internacional en China, Hong Kong, Singapur, Europa y los EE.UU.

Ouerfelli, A. Al-tahkim al-dowli fi al-khanun al-tunisi va al-khanun al-mukaran. Tunis, Majma' al-atrashe Inashr wa tozi' al-kitab al-maktas, 2006. iv, 912 p.

En árabe.

Título original que figura en la cubierta: التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن.

Título en español: El arbitraje internacional en la legislación nacional de Túnez.

_____. Enforcement of foreign arbitral awards in Maghreb countries. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 25:2:241-256, 2008.

_____. Majalet al-tahkim. Moalak alayha. Al-tahkim al-dakhili. Tunis, Manshurat markaz al-darasat al-Kanuniya wa al-Kazayia, 2006. 464 p.

En árabe. Títulos en árabe, francés e inglés que figuran en la cubierta: مجلة التحكيم. معلق عليها. التحكيم الداخلي. = Code de l'Arbitrage. L'arbitrage interne. Annoté. = Arbitration Code. Domestic arbitration.

Paal, B. P. Book review of: Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Kommentar zu den Schiedsverfahrensordnungen ICC - DIS - Wiener Regeln - UNCITRAL - LCIA / by Aden M. München, Beck, 2003. xxxi, 783 p. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 70:3:637-640, 2006.

En alemán. Título en español del libro examinado: Arbitraje comercial internacional. Comentario.

Parikh, S. Indo no Shoji-funso Kaiketsu Gaisetsu (1). *JCA journal* (Tokyo) 55:7:2-9, 2008.

En japonés. Título en español: Reseña de la solución de controversias comerciales en la India (1ª parte).

Park, W. W. Respecting the New York Convention. *ICC International Court of Arbitration bulletin* (Paris) 18:2:65-77, 2007.

Parra, A. R. Applicable law in investor-State arbitration. *In* Contemporary issues in international arbitration and mediation. A. W. Rovine, *eds*. Leiden, The Netherlands, M. Nijhoff Publishers, 2008. p. 3-12. (Fordham papers)

Patocchi, P. M. UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung ("UncitralO"). *In* Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit: Kommentar. R. A. Schütze, *eds*. Köln, Carl Heymanns Verlag, 2006. Kapitel 12. p. 665-798.

En alemán. Traducción del título: Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976).

Petsche, M. L'autonomie de l'arbitrage commercial international et le contrôle de conformité des sentences arbitrales à l'ordre public. *Gazette du palais* (Paris) 126:347-348:11-15. (Les cahiers de l'arbitrage no. 2006/3)

Petsimeris, C. The scope of the doctrine of arbitrability and the law under which it is determined in the context of international commercial arbitration. *Revue hellénique de droit international* (Athènes) 58:2:435-451, 2005.

Plant, D. W. We must talk because we can: mediating international intellectual property disputes. Paris, ICC Services, 2008. 188 p.

Véanse, en particular, los apéndices C y D.

Poudret, J.-F. *and* S. Besson. Comparative law of international arbitration. 2nd *ed*. London, Sweet & Maxwell, 2007. xxxix, 952 p.

Contiene un análisis y comparación de los principales tratados internacionales en la esfera del arbitraje, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje (1985), el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976) y la legislación de siete países europeos.

Punwar, P. Draft arbitration laws published by Ministry of Economy and DIFC. *Al Tamimi law update* (Dubai) 204:5-6, 2008.

Raeschke-Kessler, H. Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Schiedsrichters - ein transnationales Rechtsproblem? *ASA bulletin* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 26:1:3-17, 2008.

En alemán con un breve resumen en inglés, pág. 17.

Título en español: La imparcialidad y la independencia de los árbitros - ¿Un problema transnacional?

Rhoades, R., D. M. Kolkey *and* R. Chernick, *eds*. Practitioner's handbook on international arbitration and mediation. 2nd *ed*. Huntington, N.Y., JurisNet, 2007. 1000 p.

Robin, G. Mesures conservatoires et provisoires en matière d'arbitrage international: le rôle du juge d'appui = Conservatory and provisional measures in international arbitration: the role of State courts. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 3:319-364, 2008.

En francés e inglés.

Rodríguez, J. M. Control de plazos en el procedimiento arbitral. *In* Temas de contratación internacional, inversiones y arbitraje. Asunción, CEDEP, 2006. págs. 297 a 317.

Sadah, M. A. The application of UNCITRAL Model Law principles in the Middle East region. *Arab law quarterly* (Leiden, The Netherlands) 22:3:219-269, 2008.

Savola, M. Välityslausekkeen laadinnasta kansainvälis-luontoisissa sopimuksissa I. *Defensor legis* (Helsinki) 1:13-52, 2008.

En finés.

Schwartz, I. M. Interim and emergency relief in arbitration proceedings. *Dispute resolution journal* (New York) 63:1:57-62, February-April 2008.

Seifi, J. The new International Commercial Arbitration Act of Iran: towards harmony with the UNCITRAL Model Law. Arbitration Center of Iran Chamber, Tehran, [2008].

Disponible en línea en la dirección: www.arbitration.ir/english/arbitration_jurisprudence.aspx?t=2.

Shany, Y. Similarity in the eye of the beholder: revisiting the application of rules concerning jurisdictional conflicts in the Lauder/CME cases. *In* Contemporary issues in international arbitration and mediation. A. W. Rovine, *eds*. Leiden, The Netherlands, M. Nijhoff Publishers, 2008. p. 119-138. (Fordham papers)

Shine, P. Establishing jurisdiction in commercial disputes: arbitral autonomy and the principle of kompetenz-kompetenz. *Journal of business law* (London) 3:202-225, 2008.

Sibanda, O. S. National Court intervention in international commercial arbitration in South Africa. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienna) 12:2:153-168, 2008.

Sikri, S. Reference of dispute to arbitration: role of court under the UNCITRAL Model Law. *Indian Council of Arbitration quarterly* (New Delhi) 42:2:7-12, July-September 2008.

Singh, V. Legislative intent and judicial interpretation of conciliation proceedings' under the Arbitration and Conciliation Act of India. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienna) 12:1:103-112, 2008.

Slipachuk, T. *and* P. Runeland. New rules for international arbitration in Ukraine: improved structure, changes in procedure and substance. *Stockholm international arbitration review* (Huntington, N.Y.) 1:173-188, 2008.

Special New York Convention number. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 25:6:647-915, 2008.

El contenido de esta publicación está dedicado enteramente a la Convención de Nueva York (1958) e incluye los artículos siguientes: Narrow exceptions: a review of recent U.S. precedent regarding the due process and public policy defenses of the New York Convention / L. F. Reed *and* J. Freda, p. 649-656 -- Enforcing foreign arbitral awards in the United States: the non-arbitrable subject matter defense / A. C. Smutny *and* H. T. Pham, p. 657-668 -- The implementation of the New York Convention in Canada / H. C. Álvarez, p. 669-679 -- Application of the New York Convention: a report from Denmark, Finland, Norway, and Sweden / A. Magnusson, p. 681-690 -- Implementing the New York Convention in Switzerland / E. Geisinger, p. 691-706 -- New York Convention of June 10, 1958: the application of article V by the courts in Italy / P. Bernardini *and* M. Perrini, p. 707-719 - Arbitrability, due process, and public policy under article V of the New York Convention: Belgian and French perspectives / B. Hanotiau *and* O. Caprasse, p. 721-741 -- Current issues on the application of the New York Convention: a German perspective / W. Kühn, p. 743-757 -- Application of article V of the New York Convention in the Netherlands / B. King *and* A. Schluep, p. 759-770 - Application of the New York Convention in Austria and Eastern Europe / C. Liebscher, p. 771-786 -- Interpretation of article V of the New York Convention by Russian Courts: due process, arbitrability, and public policy grounds for non-enforcement / I. Nikiforov, p. 787-808 -- Application of article V of the New York Convention: a Central Asian perspective / N. Rubins *and* G. Sur, p. 809-819 -- The influence of the New York Convention on the development of international arbitration in Nigeria / D. Ufot, p. 821-836 -- Recognition and enforcement of awards under the New York Convention: China and Hong Kong perspectives / N. Darwazeh *and* F. Yeoh, p. 837-856 -- Japanese court decisions on article V of the New York Convention / Yasuhei Taniguchi *and* Tatsuya Nakamura, p. 857-863 -- Article V of the New York Convention and Korea / Seung Wha Chang, p. 865-871 -- Survey of South East Asian Nations on the application of the New York Convention / Michael Hwang S. C. *and* Shaun Lee, p. 873-892 -- Application of the New York Convention in India / F. S. Nariman, p. 893-898 -- Recognition and enforcement of foreign awards under the New York Convention in Australia and New Zealand / R. Garnett *and* M. Pryles, p. 899-912.

Steinbrück, B. Die Vollstreckbarkeit ausländischer Schiedssprüche nach ihrer Aufhebung im Ursprungsstaat. *Internationales Handelsrecht* (Hamburg) 8:4:152-157, 2008.

En alemán. Título en español: La posibilidad de ejecutar un laudo arbitral dictado en el extranjero una vez se ha dejado sin efecto en el Estado de origen.

Steindl, B. Watch out and act!: recent case law on due process in light of Austrian law and the 1958 New York Convention. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 25:4:513-520, 2008.

Sutcliffe, J. *and* A. Sabater. UNCITRAL arbitration: new rules on transparency? *Mealey's international arbitration report* (King of Prussia, Pa.) 23:5:32-36, 2008.

Tannock, Q. Public policy as a ground for setting aside an award: is Zimbabwe out of Step? *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (London) 74:1:72-81, 2008.

Tiyagi, V. *and* A. Singh. Enforceability of foreign arbitral awards in India. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienna) 12:1:91-102, 2008.

Umar, H. Court interventions in international arbitration - Indonesia experience. *Indonesia arbitration quarterly newsletter* (Jakarta) 4:11-16, 2008.

United Nations. Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) = Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958) = Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) = 承认和执行外国仲裁裁决公约 (1958 年, 纽约)= Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений = اتفاقية الاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبية وانفاذها (١٩٥٨ نيويورك،). New York, United Nations, 2008. viii, [140] p.

Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta M.08.V.5. Edición multilingüe.

Contiene: 1ª parte: Conferencia de las Naciones Unidas sobre arbitraje comercial internacional, Nueva York, 20 de mayo a 10 de junio de 1958 -- 2ª parte: 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 -- 3ª parte: Situación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras al 1° de enero de 2008.

Utama, M. Law governing arbitration proceedings. *Indonesia arbitration quarterly newsletter* (Jakarta) 4:20-27 2008.

Ventsch, V. *and* C. Krauskopf. Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruchs bei Rechtsnachfolge. *Internationales Handelsrecht* (Hamburg) 8:1:9-14, 2008.

En alemán con un breve resumen en inglés, págs. 13 a 14.

Título en español: La posibilidad de ejecutar un laudo arbitral dictado en el extranjero por una sucesión jurídica.

Viswanathan, T. K. Hand book on arbitration, mediation and other ADR techniques: a collection of keynote addresses, articles and cases. New Delhi, The International Centre for Alternative Dispute Resolution, 2008. xxxiv, 1119 p.

Se reproduce el texto de la Ley de arbitraje y conciliación de 1996 de la India (Ley Nº 26 de 1996, 16 de agosto de 1996) basada en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje (1985) y el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980), págs. 1066 a 1115.

Voigt, S. Outline of international commercial arbitration regime: arbitration - South Africa. *International Law Office newsletters*, 7 February 2008.

Documento electrónico. Puede consultarse en: www.internationallawoffice.com/.

Vucurovic, T. B. 50th anniversary of the New York Convention: any progress in recognition and enforcement of foreign arbitral awards in Ukraine. *International arbitration law review* (London) 11:5:165-176, 2008.

Wach, K. *and* F. Meckes, *eds*. Tactics in M&A arbitration. Frankfurt am Main, German Law Publishers, 2008. x, 478 p.

En el libro se reproduce también la Convención de Nueva York (1958) y la situación en cuanto a su ratificación, págs. 322 a 331.

Wald, A., *coord.* Caderno especial dedicado à Convenção de Nova Iorque. *Revista de arbitragem e mediação* (São Paulo, Brazil) 5:18:5-396, julio/setembro de 2008.

En portugués. Título en español: Número especial dedicado a la Convención de Nueva York (1958).

Winkler, M. L'apprezzamento dell'efficacia della clausola arbitrale da parte del giudice statale: un conflitto tra Italia e Francia. *Diritto del commercio internazionale* (Milano) 21.4:789-807, 2007.

En italiano. Título en español: Evaluación por los tribunales del Estado de la validez de la cláusula de arbitraje: un conflicto entre Italia y Francia.

Wolff, R. Party autonomy to agree on non-final arbitration? *ASA Bulletin* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 26:3:626-641, 2008.

Wren, T. The Minister for Finance's New Public Works Arbitration Rules: a clash with the Bunreacht in the waiting? *Arbitration: the international journal of arbitration, mediation and dispute management* (London) 74:3:298-305, 2008.

Youssef, K. A. International commercial arbitration: UNCITRAL rules and Islamic Sharia' = L'arbitrage commercial international selon les règles de la CNUDCI et de la Charia' islamique. *Lebanese review of Arab and international arbitration = Revue libanaise de l'arbitrage arabe et international* (Beirut) 43:5-45, 2007.

En árabe. Título original que figura en el artículo:
التحكيم التجاري الدولي في ضوء مبادئ القانون النموذجي للأمم المتحدة اليونسيترال وقواعد الشريعة الإسلامية

Zadkovich, J. Divergence and comity among the doctrines of separability and competence-competence. *Vindobona journal of international commercial law and arbitration* (Vienna) 12:1:1-32, 2008.

IV. Transporte internacional

Allsop, J. International maritime arbitration: legal and policy issues. *Journal of international maritime law* (Witney, UK) 13:6:398-415, 2007.

And then there were the Rotterdam Rules. *Journal of international maritime law* (Witney, UK) 14:3:189-190, 2008.

Se examinan los antecedentes de los convenios internacionales que regulan el transporte internacional de mercaderías por vía marítima, incluidas, entre otras, las Reglas de Hamburgo (1978) y las Reglas de Rotterdam (2008).

Asariotis, R. What future for the bill of lading as a document of title? *Journal of international maritime law* (Witney, UK) 14:2:75-77, 2008.

Brunner, R. Electronic transport documents and shipping practice not yet a married couple. *European transport law* (Antwerpen, Belgium) 43:2:123-168, 2008.

Delebecque, P. Les «autoroutes de la mer»: pour un régime entièrement (ou partiellement) maritime. *Droit maritime français* (Paris) 60:692:403-407, 2008.

_____. La Convention sur le contrat de transport international entièrement ou partiellement par mer: dernières précisions. *Droit maritime français* (Paris) 60:696:787-790, 2008.

_____. Le projet CNUDCI, suite et fin: la "Convention des Nations Unies sur le contrat de transport international de marchandises entièrement ou partiellement par mer". *Droit maritime françai*s (Paris) 60:690:211-215, 2008.

_____. La responsabilité du chargeur dans ses relations avec le transporteur. Le point de vue français. *Droit maritime français* (Paris) 60:689:112-117, 2008.

_____. Transport maritime: Convention CNUDCI: Règles de Rotterdam: adoption. *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* (Paris) 4:901-902, octobre/décembre 2008.

Diamond, A. The next sea carriage convention? *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (London) 2:135-187, May 2008.

Enríquez, D. UNCITRAL y las oscilaciones del régimen jurídico del transporte marítimo internacional de mercancías. Advertencias en torno a la búsqueda de una tercera vía. *Anuario mexicano de derecho internacional* (México, D.F.) 7:79-142, 2008.

Con un resumen en inglés.

Disponible también en línea en la dirección: www.bibliojuridica.org/estrev/pdf/derint/cont/8/art/art3.pdf.

Esplugues Mota, C. Arbitraje marítimo internacional. Madrid, Thomson/Civitas, 2007. 824 páginas (Estudios sobre arbitraje).

Fabre-Teste, P. Le projet de Convention de la CNUDCI sur le transport transmaritime multimodal. Faculté de droit et de sciences politiques aix Marseille III, année universitaire 2005-2006. Centre de droit maritime et des transports. 52 p.

Tesis (Doctorado). Disponible también en línea en la dirección: www.cdmt.droit.u-3mrs.fr/.

Fedi, P. L. Le cadre juridique international de l'exploitation des installations portuaires ou comment passer d'une législation atomisée spécifique à un régime universel reconnu. *Droit maritime français* (Paris) 60:694:645-655, 2008.

Goldby, M. The CMI rules for electronic bills of lading reassessed in the light of current practices. *Lloyd's maritime and commercial law quarterly* (London) 1:56-70, February 2008.

Hoeks, Lim M. Multimodal carriage with a pinch of sea salt: door-to-door under the UNCITRAL draft instrument. *European transport law* (Antwerpen, Belgium) 43:3:257-280, 2008.

Katsivela, M. International carriage of goods: ocean carrier liability and the European Union. *European transport law* (Antwerpen, Belgium) 43:1:3-15, 2008.

Margetson, N. J. Liability of the carrier under the Hague (Visby) Rules for cargo damage caused by unseaworthiness of its containers. *Journal of international maritime law* (Witney, UK) 14:2:153-161, 2008.

Ng, Jim-mi Jimmy. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce in relation to maritime operations in the Pearl River Delta, China: national report. *Journal of international maritime law* (Witney, UK) 14:4:346-363, 2008.

Pejovic, C. Stoppage in transit and right of control: "conflict of rules"? *Pace international law review* (White Plains, N.Y.) 20:129-[149], spring 2008.

Proyecto de "Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo". *Derecho de los negocios* (Madrid) 19:210:19-22, 2008.

United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL): 41st session, New York, 16 June-3 July 2008. *Bulletin des transports internationaux ferroviaires = Zeitschrift für den internationalen Eisenbahnverkehr = Bulletin of international carriage by rail* (Berne) 116:3:33-34, 2008.

También en francés y alemán.

Se examinan los detalles de redacción de las Reglas de Rotterdam (2008) sobre la base del informe del 41° período de sesiones de la CNUDMI (A/63/17).

V. Pagos internacionales (incluidas las garantías independientes y las cartas de crédito contingente)

Bollen, R. Harmonization of international payment law: a survey of the UNCITRAL Model Law on Credit Transfers (pt. 2). *Journal of international banking law and regulation* (London) 23:3:105-124, 2008.

Apareció también en *Journal of banking and finance law and practice* (North Ryde, N.S.W., Australia) 19:4:249, diciembre de 2008.

Se examina la legislación modelo de los EE.UU. sobre las transferencias de fondos, se analiza el art. 4A del Código de Comercio Uniforme y se compara con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias de Crédito (1992).

Costa Gomes, M. J. da. Sobre a circulabilidade do crédito emergente de garantia bancária autónoma ao primeiro pedido. *Revista da banca* (Lisboa) 64:37-82, 2007.

En portugués. Título en español: Sobre la corriente de crédito que se deriva de las garantías de ejecución.

Se examina la legislación portuguesa sobre garantías independientes a la luz de las normas internacionales, incluida, entre otras, la Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente (1995).

Mavromati, D. The law of payment services in the EU: the EC Directive on payment services in the internal market. Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Kluwer Law International, 2008. xix, 308 p. (European monographs, no. 60).

VI. Comercio Electrónico

Blythe, S. E. China's new electronic signature law and certification authority regulations: a catalyst for dramatic future growth of e-commerce. *Chicago-Kent journal of intellectual property* (Chicago, Ill.) 7:1:1-32, 2007.

Boss, A. H. *and* W. Kilian. The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: an in-depth guide and sourcebook. Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2008. xxviii, 514 p.

Se reproduce el texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005), págs. 453 a 463, y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996), págs. 483 a 491.

Brunner, R. Electronic transport documents and shipping practice not yet a married couple. *European transport law* (Antwerpen, Belgium) 43:2:123-168, 2008.

Caprioli, E. A. Droit matériel international du commerce électronique. *In* Droit international de l'économie numérique. 2. *éd*. Paris, Lexis Nexis, 2007. Ch. 2. p. 81-98.

Di Matteo, Larry A. Electronic contracting. *In* The law of international contracting. Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2009. Ch. 12. p. 415-445.

En la publicación se reproduce el texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980), págs. 451 a 478, la Convención sobre la Prescripción (1974/1980), págs. 479 a 487, y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005), págs. 559 a 571.

Должич, А. А. Электронная подпись в коммерческом обороте: российское, зарубежное и международное регулирование. *Московский журнал международного права = Moscow journal of international law* (Москва) 71:3:193-213, 2008.

En ruso, con un resumen en inglés.

Estrella Faria, J. A. The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: an introductory note. *International law review of Wuhan University* (Wuhan, China) 8:7-11, 2008.

En chino. Título original que figura en el artículo:
《联合国国际合同使用电子通信公约》简述.

Gutiérrez, M. C. Desarrollos en regulación en comercio electrónico en los países de la Región Andina. *Revista de derecho informático* 121, agosto del 2008.

Documento electrónico. Puede consultarse en línea en la dirección:
www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=10731.

Haloush, H. A. The authenticity of online alternative dispute resolution proceedings. *Journal of international arbitration* (Alphen aan den Rijn, The Netherlands) 25:3:355-364, 2008.

Illescas Ortíz, R. La continuada -y, a veces, desaparecida- electronificación del derecho de sociedades mercantiles. *Revista de derecho y tecnología* (San Cristóbal, Venezuela) 8:117-159, 2006.

En el cap. 5.3 se examina el artículo 17.5 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) en relación con la sustitución de los documentos en papel por mensajes de datos.

Lewis, D. *and* J. Peng. Implementation of international trade rules governing software protection and development in four Asian jurisdictions (pt. 1). *Computer and telecommunications law review* (London) 14:7:191-197, 2008.

Loza, E. *and* S. Kilminster-Hadley. The law of electronic contracts: the new United Nations Convention. *Advocate* (Boise, Idaho) 50:8/9:40-43, 2007.

Luddy, W. J. *and* P. W. Schroth. The new UNCITRAL e-commerce convention in the mosaic of developing global legal infrastructure. Academy of legal studies in business national proceedings. St. Petersburg, Fla., 81st ALSB Annual Conference, 2006.

Disponible también en línea en la dirección: www.alsb.org/Proceedings%20Files/2006/Luddy-Schroth.pdf.

Martin, C. H. The Electronic Contracts Convention, the CISG and new sources of e-commerce law. *Tulane journal of international and comparative law* (New Orleans, La.) 16:2:467, spring 2008.

Mason, S. Electronic signatures in law. 2nd *ed*. West Sussex, Tottel Pub., 2007. liii, 674 p.

Véanse, en particular, el cap. 3 (págs. 119 a 137) y el cap. 9 (págs. 245 a 246) en los que figura un examen de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001).

_____. Electronic signatures in practice. *Journal of high technology law* (Boston, Mass.) 6:2:148:164, 2006.

Ng, Jim-mi Jimmy. UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce in relation to maritime operations in the Pearl River Delta, China: national report. *Journal of international maritime law* (Witney, UK) 14:4:346-363, 2008.

Polanski, P. P. International electronic contracting in the newest UN Convention. *Journal of international commercial law and technology* ([Hellerup], Denmark) 2:3:112-120, 2007.

Prins, C. E-government: a comparative study of the multiple dimensions of required regulatory change. *Electronic journal of comparative law* 11:3:1-23, 2007.

Documento electrónico. Puede consultarse en la dirección: www.ejcl.org/113/article113-35.pdf.

Raymond, A. H. Electronic commerce and the new UNCITRAL draft Convention. *International law practicum* (New York) 19:1:66, 2006.

Schroth, P. W. *and* W. J. Luddy. On the particular value to Africa and the developing world of the UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts. *International Academy of African Business and Development* (Athabasca, Canada) 7:136-143, 2006.

Seng, D. The Singapore Electronic Transactions Act and the Hong Kong Electronic Transactions Ordinance. *Digital evidence and electronic signature law review* (Bedfordshire, UK) 5:7-20, 2008.

Smedinghoff, T. J. The legal challenges of implementing electronic transactions. *Uniform Commercial Code law journal* (New York) 41:3:3-34, 2008.

Puede consultarse también en línea en la dirección: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1275108.

Snail, S. Electronic contracts in South Africa - a comparative analysis. *Journal of information, law and technology* 2:2008.

Documento electrónico. Puede consultarse en la dirección: www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2008_2/snail/.

United Nations Commission on International Trade Law Secretariat. Promoting confidence in electronic commerce: legal issues on international use of electronic authentication and signature methods. Vienna, United Nations, 2009. v, 103 p.

Publicación de las Naciones Unidas. núm. de venta S.09.V.4.

Winn, J. K. *and* S. Yuping. Can China promote electronic commerce through law reform?: some preliminary case study evidence. *Columbia journal of Asian law* (New York) 20:2:415-450, 2007.

Winn, J. K *and* M. C. Silveira. Secured transactions and electronic commerce law: diverging perspectives in North and South America. *Michigan state journal of international law* (East Lansing, Mich.) 16:30:577-607, 2007.

VII. Garantías reales (incluidos los créditos por cobrar)

Bazinas, S. V. Key objectives and fundamental principles of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. *Insolvency and restructuring international* (London) 2:1:42-48, 2008.

_____. UNCITRAL adopts the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions. *INSOL world* (London) 1:23-24, 2008.

_____. UNCITRAL. *In* Security over receivables: an international handbook. W. Johnston, *ed*. New York, Oxford University Press, 2008. p. 601-623.

Brennan, L. Les défis du financement de la propriété intellectuelle. *Magazine de l'OMPI* (Genève) 5:9-11, septembre 2008.

Puede consultarse también en línea en la dirección: www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2008/05/article_0004.html.

Di Luigi, C. M. Divergences of security and property law in the European Union: the need for action. *Journal of business law* (London) 6:526-549, 2008.

Goodger, B. Les incidences du processus de la CNUDCI. *Magazine de l'OMPI* (Genève) 5:7-8, septembre 2008.

Puede consultarse también en línea en la dirección: www.wipo.int/wipo_magazine/fr/2008/05/article_0003.html.

Hishinuma, T. Chiteki Zaisan Tanpo wo Meguru Kokusai Kihan Keisei no Doko to Kongo no Tenbo. *Intellectual property management* (Tokyo) 58:10:1249-1256, 2008.

En japonés. Título en español: Tendencias que rodean el establecimiento de normas internacionales relacionadas con los intereses de la propiedad intelectual y perspectivas de futuro – Grupo de Trabajo VI de la CNUDMI.

Kohn, R. M. Revolver. *Secured lender* (New York) 64:4:84, July/August 2008.

Perkins, J. A question of priorities: choice of law and proprietary aspects of the assignment of debts. *Law and financial markets review* (Oxford, UK) 2:3:238-243, 2008.

Prusko, W. "The future of secured credit in Europe": ein Konferenzbericht. *IPRax* (Bielefeld, Germany) 28:5:465-467, 2008.

En alemán. Título en español: "El futuro del crédito garantizado en Europa": informe de una conferencia.

Scott, S. A step towards a more sympathetic credit security dispensation in South Africa. *Journal of contemporary Roman-Dutch law = Tydskrif Vir Hedendaagse Romein- Hollandse Reg* (Durban, South Africa) 71:3:473-482, 2008.

Se examina la legislación en materia de créditos garantizados en Sudáfrica y se compara la observancia de los derechos de los acreedores en Sudáfrica con las normas internacionales, incluida, entre otras, la Guía de la CNUDMI sobre Operaciones Garantizadas (2007).

Sigman, H. C. *and* E.-M. Kieninger. Introduction. *In* Cross-border security over tangibles. München, Sellier, 2007. p. 1-56.

Umarji, M. R. Role of secured transactions to mobilize credit and need for modernizing the law. *In* Thoughts on banking sector reforms. Mumbai, Indian Banks' Association, 2008. Ch. 9. p. 177-186.

VIII. Contratación pública

Gordon, D. I. Constructing a bid protest process: the choices that every procurement challenge system must make. *Public contract law journal* (Washington, D.C.) 35:427-447, 2006.

Guimaraes De Lima e Silva, V. The revision of the WTO Agreement on Government Procurement: to what extent might it contribute to the expansion of current membership. *Public procurement law review* (London) 17:2:61-98, 2008.

Krüger, K. On access to public administrative procurement records (tender openings, protocols, reports). *In* Enhancing best practices in public procurement: proceedings of the 3rd International Public Procurement Conference, 28-30 August 2008. Amsterdam, The Netherlands. p. 205-222.

Puede consultarse también en línea en la dirección: www.ippa.ws/IPPC3/Proceedings/Chaper%2015.pdf.

_____. Urgent needs - derogatory procurement law scenarios: reflections over *ius necessitatis* in the area of public contracting - *à propos* the EC Directive 2007/66, amending Directive 89/655/EC on remedies in public contracting. *In* Enhancing best practices in public procurement: proceedings of the 3rd International Public Procurement Conference, 28-30 August 2008. Amsterdam, The Netherlands. p. 165-190.

Puede consultarse también en línea en la dirección: www.ippa.ws/IPPC3/Proceedings/Chaper%2013.pdf.

Lalonde, P. M. *and others*. ABA SIL International Procurement Committee Year in Review 2007. *International lawyer* (Chicago, Ill.) 42:2:479-[489], summer 2008.

Nicholas, C. Framework agreements and the UNCITRAL Model Law on Procurement. *Public procurement law review* (London) 17:5:NA220-NA230, 2008.

_____. The UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services - fundamentals and reform. *In* The Fourth China Financial & Economic Law Forum: International Forum on Public Procurement 2008: agenda: collection of essays. Beijing, November 2008. p. 348-361.

Título de la publicación en chino:
第四届中国财经法律论坛: 公共采购国际论坛 2008 -议程--论文集.

_____. The United Nations Convention against Corruption and its impact on procurement regulation - the UNCITRAL perspective. *Public procurement law review* (London) 17:2:NA64-NA74, 2008.

Sabbatini, M. S. La Direttiva 2007/66/CE sulle procedure di recorso in materia di appalti pubblici: la transparenza è anche una questione di termini. *Diritto del commercio internazionale* (Genova, Italy) 22.1:131-162, 2008.

En italiano. Título en español: La directiva 2007/66/CE sobre el mejoramiento de la eficacia del procedimiento de recurso en relación con la adjudicación de contratos públicos: la transparencia también es una cuestión de términos.

Trepte, P.-A. Contract award procedures. *In* Public procurement in the EU: a practitioner's guide. Oxford, Oxford University Press, 2007. Ch. 7. p. 373-480.

Véase, en particular, el estudio relacionado con la regulación de la licitación restringida en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública (1994), págs. 378 a 380.

Troff, E. A. The United States agency-level bid protest mechanism: a model for bid challenge procedures in developing nations. *Air force law review* (Washington, D.C.) 57:113-154, winter 2005.

Disponible también en línea en la dirección:
www.afjag.af.mil/shared/media/document/AFD-081009-010.pdf.

Yukins, C. R. Addressing conflicts of interest in procurement: first steps on the world stage, following the UN Convention against Corruption. *In* Enhancing best practices in public procurement: proceedings of the 3rd International Public Procurement Conference, 28-30 August 2008. Amsterdam, The Netherlands. p. 1169-1203.

Disponible también en línea en la dirección:
www.ippa.ws/IPPC3/Proceedings/Chaper%2061.pdf.

IX. Insolvencia

Arsenault, S. J. The westernization of Chinese bankruptcy: an examination of China's new Corporate Bankruptcy Law through the lens of the UNCITRAL Legislative Guide to Insolvency Law. *Penn State international law review* (Carlisle, Pa.) 27:45-[94], 2008.

Beckering, K. J. United States cross-border corporate insolvency: the impact of Chapter 15 on Comity and the new legal environment. *Law and business review of the Americas* (Dallas, Tex.) 14:281-311, spring 2008.

Bomhof, S. A. *and* A. M. Slavens. Shifting gears in cross-border insolvencies: from comity to COMI. *Banking and finance law review* (Toronto) 24:31-[51], September 2008.

Clift, J. Update on Enterprise Groups' Project: United Nations Commission on International Trade Law. *INSOL world* (London) 1:22, 2008.

Cooper, N. The Bear Stearns conundrum. *INSOL world* (London) 3rd quarter 2008. p. 18-19.

_____. The changing role of shareholders in restructuring. *International corporate rescue* (Hertfordshire, UK) 5:6:327-329, 2008.

Dessain, A. Bear Stearns and COMI - a worried reaction from Jersey. *INSOL world* (London) 3rd quarter 2008. p. 25-26.

Di Sano, S. COMI: the sun around which cross-border insolvency proceedings revolve (pt.1). *Journal of international banking law and regulation* (London) 24:2:88-101, 2009.

Fildman, J. N. *and others*. Panel discussion of Canadian Bankruptcy and Insolvency Law: Bill C-55 Statute c. 47 and beyond. *Canadian business law journal = Revue canadienne du droit de commerce* (Aurora, Ont.) 46:3:321-342, 2008.

Flessner, A. Europäisches und internationales Insolvenzrecht: eine Einführung. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 70:3:453-457, 2006.

En alemán. Título en español: Legislación europea e internacional sobre la insolvencia: una introducción.

Galen, R. J. van. Insolvency and restructuring: latest developments in proposed bill for cross-border insolvencies. *International Law Office newsletters*, 1 May 2008.

Documento electrónico. Puede consultarse en la dirección: www.internationallawoffice.com/.

Galip, B. A proper approach to cooperation in cross-border insolvency. *International corporate rescue* (Arkley, UK) 4:1:24-30, 2007.

Girsberger, D. Die Stellung der gesicherten Gläubiger in der internationalen Insolvenz. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 70:3:505-537, 2006.

En alemán. Título en español: La situación de los acreedores de créditos garantizados en los procedimientos internacionales de insolvencia.

Glosband, D. M. *and others*. The American Bankruptcy Institute guide to cross-border insolvency in the United States. Alexandria, Va., American Bankruptcy Institute, 2008. xii, 70 p.

Véanse, en particular, págs. 11 a 16 que contienen un estudio de los antecedentes de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia (1997).

Glosband, D. M. Bear Stern appeal decision. *INSOL world* (London) 3rd quarter 2008. p. 14-17.

Good, M. D. Cross-border bankruptcy reform in NAFTA jurisdictions: has seizing control of troubled, closely-held corporations gotten easier? *International corporate rescue* (Hertfordshire, UK) 5:4:224-228, 2008.

Hammer, A. L. *and* M. E. McClintock. Understanding Chapter 15 of the United States Bankruptcy Code: everything you need to know about cross-border

legislation in the United States. *Law and business review of the Americas* (Dallas, Tex.) 14:257-280, spring 2008.

Harrison, L. Chapter 15: a limited resort for the Caymans so far. *INSOL world* (London) 3rd quarter 2008. p. 17-19.

Kersey, M. UNCITRAL Model Law gathers momentum in Australia. *International corporate rescue* (Arkley, UK) 5:1:8-11, 2008.

Koppen, F. A critical examination of the Preliminary Bill for a new Dutch Insolvency Act. *International corporate rescue* (Hertfordshire, UK) 5:6:337-343, 2008.

Lifland, B. Chapter 15 of the United States Bankruptcy Code: an annotated section-by-section analysis (1). *In* Faillite internationale et conflit de juridiction: regards croisés transatlantiques = Cross-border insolvency and conflict of jurisdictions: a US-EU experience. Affaki, G, *ed*. Paris, Forum Européen de la communication; Bruxelles, Bruylant, 2007. p. 31-72.

Locatelli, F. International trade and insolvency law: is the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency an answer for Brazil?: an economic analysis of its benefits on international trade. *Law and business review of the Americas* (Dallas, Tex.) 14:2:313-345, spring 2008.

Locke, G. What are we achieving through the UNCITRAL Model Law?: Chapter 15 non-cooperation and non-coordination. *INSOL world* (London) 2:20-21, 2008.

Marshall, A. *and* C. Pardiwala. Changing COMI prior to insolvency is fair game! *International corporate rescue* (Arkley, UK) 4:6:318-322, 2007.

Matousekova, M. Private international law answers to the insolvency of cross border groups: comparative analysis of French and English case law. *Revue de droit des affaires internationales = International business law journal* (Paris) 2:141-163, 2008.

En inglés y francés.

Mevorach, I. The 'home country' of a multinational enterprise group facing insolvency. *International and comparative law quarterly* (London) 57:2:427-448, April 2008.

Morán Bovio, D. El régimen de la insolvencia en UNCITRAL: apertura de una nueva fase. *In* Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde. Sánchez, G. J., M. Menéndez *and* A. Otros, *eds*. Madrid, Marcial Pons, 2007. Vol. 3. 2235 páginas.

Moss, G. Bear necessities: Chapter 15 goes on appeal. *Insolvency intelligence* (London) 21:2:27-30, 2008.

_____. Refusal of recognition and Bear Stearns: is the US denying to others that which it expects for itself? *INSOL world* (London) 3rd quarter 2008. p. 14-16.

Newman, S. The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: an Australian perspective on recent developments in the USA. *INSOL world* (London) 3rd quarter 2008. p. 19-20.

Paulus, C. G. Die ersten Jahre mit der Europäischen Insolvenzverordnung. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 70:3:458-473, 2006.

En alemán. Título en español: Los primeros años del Reglamento Europeo sobre Procedimientos de Insolvencia.

Pogacar, B. Grenzüberschreitende Insolvenzverfahren. *ZfRV* (Wien) 05/06:258-264, Oktober/Dezember 2008.

En alemán. Título en español: Insolvencia transfronteriza.

Proskurchenko, K. V. Chapter 15 cross-border insolvency: is it true to its universalism aspirations? *Rutgers business law journal* (Newark, N.J.) 5:96-114, spring 2008.

Disponible también en línea en la dirección: http://businesslaw.newark.rutgers.edu/RBLJ_vol5_no1_proskurchenko.pdf.

Sarra, J. Corporate group insolvencies: seeing the forest and the trees. *Banking and finance law review* (Toronto) 24:63-[89], September 2008.

_____. Maidum's challenge, legal and governance issues in dealing with cross-border business enterprise group insolvencies. *International insolvency review* (Chichester, UK) 17:2:73-122, 2008.

Smart, P. Cross-border restructurings and English debts. *International corporate rescue* (Arkley, UK) 6:1:4-13, 2009.

Spigelman, J. J. International commercial litigation: an Asian perspective. *Australian business law review* (Australia) 35:318-337, 2007.

Takagi, S. Japanese cross-border insolvency law. *International corporate rescue* (Arkley, UK) 4:2:61-62, 2007.

Tomasic, R. Creditor participation in insolvency proceedings - towards the adoption of international standards. *Insolvency law journal* ([Rozelle], Australia) 14:3:173-187, 2006.

Se examinan varias normas internacionales sobre la participación de los acreedores, incluida, entre otras, la Guía de la CNUDMI sobre el régimen de la Insolvencia (2004).

Trunk, A. Entwicklungslinien des Insolvenzrechts in den Transformationsländern. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (Tübingen, Germany) 70:3:563-578, 2006.

En alemán. Título en español: Evolución de la legislación sobre la insolvencia en los países en proceso de transformación.

Uzal, Elsa M. Procesos de insolvencia en el derecho internacional privado. Buenos Aires, La Ley, 2008. xxx, 776 páginas.

Véase, en particular, el cap. 7.

Vallender, H. Gerichtliche Kommunikation und Kooperation bei grenz-überschreitenden Insolvenzverfahren im Anwendungsbereich der EuIns VO - eine Herausforderung für Insolvenzgerichte. *Zeitschrift für Insolvenzrecht* (Köln) 69:1:59-78, 2008.

En alemán. Título en español: Comunicación y cooperación entre tribunales en los casos de insolvencia transfronteriza en el marco del Reglamento Europeo sobre Insolvencia.

Walker, I. *and* N. Toholka. Australia adopts UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency. *International Law Office newsletters*, 20 June 2008.

Documento electrónico. Puede consultarse en: www.internationallawoffice.com/.

X. Contratos internacionales de construcción

[*No hay publicaciones inscritas bajo este encabezamiento.*]

XI. Comercio compensatorio internacional

[*No hay publicaciones inscritas bajo este encabezamiento.*]

XII. Proyectos de infraestructura con financiación privada

[*No hay publicaciones inscritas bajo este encabezamiento.*]

Anexo

Lista de los títulos abreviados, y los títulos completos correspondientes, de los textos jurídicos de la CNUDMI que se mencionan en la presente bibliografía

Título abreviado	*Título completo*
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)[a]
Convención de las Naciones Unidas sobre la Compraventa (1980)	Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980)[b]
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)[c]
Convención de Nueva York (1958)	Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958 (Nueva York)[d, e]
Convención sobre la Prescripción (1974/1980)	Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, 1974 (Nueva York)[f] y Protocolo de modificación de la Convención sobre la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, 1980 (Viena)[g]
Guía de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (2004)	Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el Régimen de la Insolvencia (2004)[h]
Guía de la CNUDMI sobre Operaciones Garantizadas (2007)	Guía Legislativa de la CNUDMI sobre Operaciones Garantizadas (2007)[i]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje (1985)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985)[j]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje (en su forma enmendada en 2006)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985), con las enmiendas aprobadas en 2006[k]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico (1996)[l]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública (1994)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios (1994)[m]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Insolvencia (1997)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Insolvencia Transfronteriza (1997)[n]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas (2001)[o]
Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias de Crédito (1992)	Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito (1992)[p]
Notas sobre el Proceso Arbitral de la CNUDMI (1996)	Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (1996)[q]
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976)	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (1976)[r]
Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980)	Reglamento de Conciliación de la CNUDMI (1980)[s]
Reglas de Hamburgo (1978)	Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, 1978 (Hamburgo)[t]
Reglas de Rotterdam (2008)	Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo, 2008 (Nueva York)[u]

[a] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.97.V.12.
[b] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.12.

[c] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.07.V.02.
[d] La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958 (Nueva York) fue adoptada antes del establecimiento de la Comisión, a la que se han encomendado las actividades de promoción y otras actividades conexas relacionadas con la Convención.
[e] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta M.08.V.5.
[f] *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* (publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.74.V.8).
[g] *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).
[h] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.05.V.10.
[i] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo segundo período de sesiones, Suplemento núm. 17* (A/62/17), parte II.
[j] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.18.
[k] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.08.V.4.
[l] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.4.
[m] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.98.V.13.
[n] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.3.
[o] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.02.V.8.
[p] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.99.V.11.
[q] *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo primer período de sesiones, Suplemento núm.17* (A/51/17), parte II.
[r] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.93.V.6.
[s] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.81.V.6.
[t] Publicación de las Naciones Unidas, núm. de venta S.95.V.14.
[u] Adoptadas por la resolución de la Asamblea General (A/RES/63/122) el 11 de diciembre de 2008. La ceremonia de la firma tendrá lugar el 23 de septiembre de 2009 en Rotterdam (Países Bajos).

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

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A. Lista de documentos presentados a la Comisión en su 42º período de sesiones		
	1. Serie de distribución general	
A/CN.9/663	Programa provisional con anotaciones y calendario de reuniones del 42º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/664	Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor realizada en su 14º período de sesiones (Viena, 8 a 12 de septiembre de 2008)	Segunda parte, cap. I, A
A/CN.9/665	Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor realizada en su 49º período de sesiones (Viena, 15 a 19 de septiembre de 2008)	Segunda parte, cap. II, A
A/CN.9/666	Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones (Viena, 17 a 21 de noviembre de 2008)	Segunda parte, cap. III, A
A/CN.9/667	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantías Reales) sobre la labor realizada en su 14º período de sesiones (Viena, 20 a 24 de octubre de 2008)	Segunda parte, cap. IV, A
A/CN.9/668	Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor realizada en su 15º período de sesiones (Nueva York, 2 a 6 de febrero de 2009)	Segunda parte. cap. I, F
A/CN.9/669	Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones (Nueva York, 9 a 13 de febrero de 2009)	Segunda parte, cap. II, D
A/CN.9/670	Informe del Grupo de Trabajo VI (Garantias Reales) sobre la labor realizada en su 15º período de sesiones (Nueva York, 27 de abril a 1 de mayo de 2009)	Segunda parte, cap. IV, C
A/CN.9/671	Informe del Grupo de Trabajo V (Régimen de la Insolvencia) sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones (Nueva York, 18 a 22 de mayo de 2009)	Segunda parte, cap, III, D

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/672	Informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor realizada en su 16º período de sesiones (Nueva York, 26 a 29 de mayo de 2009)	Segunda parte, cap. I, H
A/CN.9/673	Nota de la Secretaría sobre la bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la CNUDMI	Tercera parte, cap. II
A/CN.9/674	Nota de la Secretaría sobre la situación actual de las convenciones y leyes modelo	Segunda parte, cap. VIII
A/CN.9/675/Add.1	Nota de la Secretaría sobre cooperación y asistencia técnicas	Segunda parte, cap. VII
A/CN.9/676 y Add.1 a 9	Nota de la Secretaría sobre el reglamento y métodos de trabajo de la CNUDMI	No reproducido
A/CN.9/677	Nota de la Secretaría sobre el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: autoridad designadora y autoridad nominadora a tenor del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	No reproducido
A/CN.9/678	Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de comercio electrónico	Segunda parte, cap. V, A
A/CN.9/679	Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de derecho del transporte: comentario sobre el Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo	Segunda parte, cap. V, D
A/CN.9/680	Nota de la Secretaría sobre el reglamento y métodos de trabajo de la CNUDMI: propuesta de Francia	No reproducido
A/CN.9/681 y Add.1 y 2	Nota de la Secretaría sobre la posible labor futura en materia de comercio electrónico: recomendaciones sobre la labor futura del Grupo de Trabajo IV (Comercio Electrónico) presentadas por los Estados Unidos de América	Segunda parte, cap. V, B
A/CN.9/682	Nota de la Secretaría sobre la propuesta de la Delegación Española para los trabajos futuros del Grupo de Trabajo IV	Segunda parte, cap. V, C

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/XLII/CRP.1 y Add.1 a 25	Proyecto de informe de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 42º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/XLII/CRP.2	Proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública	No reproducido
A/CN.9/XLII/CRP.3	Métodos de trabajo de la CNUDMI: resumen de las consultas oficiosas sobre los métodos de trabajo de la CNUDMI, celebrado del 29 al 30 de junio de 2009, preparado por la Secretaría	No reproducido
A/CN.9/XLII/CRP.4	Métodos de trabajo de la CNUDMI: posible revisión de los párrafos 11, 12, 14, 37, 39, 41 y 43 del "Proyecto de directrices para la preparación y realización de las reuniones de la CNUDMI, basadas en la práctica establecida de la CNUDMI" (A/CN.9/676), preparado por la Secretaría para reflejar las consultas oficiosas sobre los métodos de trabajo de la CNUDMI, celebrado del 29 al 30 de junio de 2009	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/XLII/INF.1	Lista de participantes	No reproducido
	B. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 14º período de sesiones	
	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.I/WP.60	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.I/WP.61	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 para la utilización de las comunicaciones electrónicas en la contratación pública, la publicación de información relacionada con la contratación pública, las subastas electrónicas inversas y las ofertas anormalmente bajas, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 14º período de sesiones	Segunda parte, cap. I, B

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.I/WP.62	Nota de la Secretaría sobre las posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: textos normativos propuestos para la utilización de acuerdos marco en la contratación pública, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 14º período de sesiones	Segunda parte, cap. I, C
A/CN.9/WG.I/WP.63	Nota de la Secretaría sobre las posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto de la Guía para la incorporación al derecho interno que hace referencia a la utilización de acuerdos marco en la contratación pública, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 14º período de sesiones	Segunda parte, cap. I, D
A/CN.9/WG.I/WP.64	Nota de la Secretaría sobre las posibles revisiones a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: vías de recurso, conflictos de intereses y contratación pública de servicios en la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 14º período de sesiones	Segunda parte, cap. I, E
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.I/XIV/CRP.1 y Add.1 a 4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor realizada en su 14º período de sesiones	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.I/XIV/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

C. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 15º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.I/WP.65	Programa provisional anotado	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
A/CN.9/WG.I/WP.65 y Add.1 a 5	Nota de la Secretaría sobre las posibles revisiones a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 15º período de sesiones	Segunda parte, cap. I, G
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.I/XV/CRP.1 y Add. 1 a 4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo I (Contratación Pública) sobre la labor realizada en su 15º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.I/XV/CRP.2	Evaluación y comparación de ofertas y la utilización de la Contratación Pública para promover políticas industriales, sociales y ecológicas	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.I/XV/INF.1	Lista de participantes	No reproducido
	D. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 16º período de sesiones	
	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.I/WP.67	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.I/WP.68 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre las posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: labor preparatoria de algunas de las disposiciones de la Ley Modelo de 1994 y trato que se da en los instrumentos internacionales relativos a la contratación pública a las cuestiones suscitadas por algunas de esas disposiciones, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 16º período de sesiones	Segunda parte, cap. II, I
A/CN.9/WG.I/WP.69 y Add.1 a 5	Nota de la Secretaría sobre las posibles revisiones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios: texto revisado de la Ley Modelo, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 16º período de sesiones	Segunda parte, cap. II, J

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.I/XVI/CRP.1 y Add.1 a 3	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública sobre la labor realizada en su 16º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.I/XVI/CRP.2	Propuesta presentada por las delegaciones de Austria, los Estados Unidos de América y el Reino Unido titulada: solicitud de propuestas en el marco de una negociación competitiva	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.I/XVI/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

E. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 49º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.II/WP.150	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.II/WP.151 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 49º período de sesiones	Segunda parte, cap. II, B
A/CN.9/WG.II/WP.152	Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI: propuesta del Gobierno de Suiza, presentada al Grupo de Trabajo sobre Contratación Pública en su 49º período de sesiones	Segunda parte, cap. II, C
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.II/XLIX/CRP.1 y Add.1 a 4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación sobre la labor realizada en su 49º período de sesiones	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.II/XLIX/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	F. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 50º período de sesiones	
	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.II/WP.153	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.II/WP.154	Nota de la Secretaría sobre la solución de controversias comerciales: revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, presentado al Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación en su 50º período de sesiones	Segunda parte, cap. II, E
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.II/L/CRP.1 y Add.1 a 4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación sobre la labor realizada en su 50º período de sesiones	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.II/L/INF.1	Lista de participantes	No reproducido
	G. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Régimen de la Insolvencia en su 35º período de sesiones	
	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.V/WP.81	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.V/WP.82 y Add. 1 a 4	Nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 35º período de sesiones	Segunda parte, cap. III, B
A/CN.9/WG.V/WP.83	Nota de la Secretaría sobre el proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 35º período de sesiones	Segunda parte, cap. III, C
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.V/XXXV/CRP.1 y Add.1 a 4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia sobre la labor realizada en su 35º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.V/XXXV/CRP.2	La repercusión de la insolvencia en el trato otorgable a una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual licenciada	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.V/XXXV/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

H. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36º período de sesiones

	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.V/WP.84	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.V/WP.85 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36º período de sesiones	Segunda parte, cap. III, E
A/CN.9/WG.V/WP.86 y Add. 1 a 3	Nota de la Secretaría sobre el proyecto de notas de la CNUDMI sobre cooperación, comunicación y coordinación en procedimientos de insolvencia transfronteriza, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36º período de sesiones	Segunda parte, cap. III, F
A/CN.9/WG.V/WP.87	Nota de la Secretaría sobre el examen de la Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia en lo relativo a la propiedad intelectual, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36º período de sesiones	Segunda parte, cap. III, G
A/CN.9/WG.V/WP.88	Nota de la Secretaría sobre el tratamiento de los grupos de empresas en situaciones de insolvencia: propuesta de los Estados Unidos de América sobre la financiación posterior a la solicitud de apertura de un procedimiento, presentada al Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia en su 36º período de sesiones	Segunda parte, cap. III, H
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.V/XXXVI/CRP.1 y Add. 1 a 4	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre el Régimen de la Insolvencia sobre la labor realizada en su 36º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.V/XXXVI/CRP.2	Guía Legislativa sobre el Régimen de la Insolvencia	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.V/XXXVI/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

Signatura del documento	*Título o descripción*	*Ubicación en el presente volumen*
	I. Lista de documentos presentados al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 14º período de sesiones	
	1. Documentos de trabajo	
A/CN.9/WG.VI/WP.34	Programa provisional anotado	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/WP.35 y Add.1	Nota de la Secretaría sobre el anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 14º período de sesiones	Segunda parte, cap. IV, B
A/CN.9/WG.VI/WP.37 y Add.1 a 4	Nota de la Secretaría sobre el proyecto de anexo de la Guía Legislativa de la CNUDMI sobre las Operaciones Garantizadas referente a las garantías reales constituidas sobre propiedad intelectual, presentada al Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales en su 14º período de sesiones	Segunda parte, cap. IV, D
	2. Serie de distribución reservada	
A/CN.9/WG.VI/XIV/CRP.1 y Add.1 a 5	Proyecto de informe del Grupo de Trabajo sobre Garantías Reales sobre la labor realizada en su 14º período de sesiones	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/XIV/CRP.2	Propuesta de la Asociación Internacional de Marcas Registradas	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/XIV/CRP.3	Propuesta de los Estados Unidos de América	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/XIV/CRP.4	Propuesta de los Estados Unidos de América: repercusión de la insolvencia en el trato otorgable a una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual licenciada	No reproducido
A/CN.9/WG.VI/XIV/CRP.5	Propuesta de los Estados Unidos de América: repercusión de la insolvencia en el trato otorgable a una garantía real sobre derechos de propiedad intelectual licenciada	No reproducido
	3. Serie informativa	
A/CN.9/WG.VI/XIV/INF.1	Lista de participantes	No reproducido

IV. LISTA DE DOCUMENTOS DE LA CNUDMI 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 (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 (2002 a 2008)**
   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); régimen de la insolvencia (1995 a 1999); régimen de la insolvencia (desde 2001)*
   f) Grupo de Trabajo VI:
   Garantías reales (desde 2002)**

* 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).

** En su 35º período de sesiones, la Comisión adoptó períodos de sesiones de una semana, convirtiendo en seis los tres Grupos de Trabajo activos.

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.

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
1. Informes de la Comisión sobre sus períodos de sesiones		
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 parte, 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 o 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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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
A/61/17 (39º período de sesiones)	Volumen XXXVII: 2006	Primera parte, A
A/62/17 (40º período de sesiones)	Volumen XXXVIII: 2007	Primera parte, A
A/63/17 (41º período de sesiones)	Volumen XXXIX: 2008	Primera parte, A
2. Resoluciones de la Asamblea General		
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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
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 XXVIII: 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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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
61/32	Volumen XXXVII: 2006	Primera parte, D
60/33	Volumen XXXVII: 2006	Primera parte, D
62/64	Volumen XXXVIII: 2007	Primera parte, D
62/65	Volumen XXXVIII: 2007	Primera parte, D
62/70	Volumen XXXVIII: 2007	Primera parte, D
63/120	Volumen XXXIX: 2008	Primera parte, D
63/121	Volumen XXXIX: 2008	Primera parte, D
63/123	Volumen XXXIX: 2008	Primera parte, D
63/128	Volumen XXXIX: 2008	Primera parte, D
	3. Informes de la Sexta Comisión	
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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 a 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
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
A/61/453	Volumen XXXVII: 2006	Primera parte, C
A/62/449	Volumen XXXVIII: 2007	Primera parte, C
A/63/438	Volumen XXXIX: 2008	Primera parte, C

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
4. Pasajes de los informes de la Junta de Comercio y Desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo		
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
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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 XXXIII: 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
TD/B/53/8 (Vol.I)	Volumen XXXVII: 2006	Primera parte, B
TD/B/54/8 (Vol.I)	Volumen XXXVIII: 2007	Primera parte, B
TD/B/55/10 (Vol.I)	Volumen XXXIX: 2008	Primera parte, B
5. Documentos presentados a la Comisión (incluidos los informes de las reuniones de los grupos de trabajo)		
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, I, A, 2
A/CN.9/38	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte, II, A, 2
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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, II, 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, 4, 5
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
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, 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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/330	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/331	Volumen XXI: 1990	Segunda parte, II, A
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
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, VI
A/CN.9/352	Volumen XXII: 1991	Segunda parte, V
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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
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 XXV: 1994	Tercera parte, I
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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, B
A/CN.9/433	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, B
A/CN.9/434	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, II, D
A/CN.9/435	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, I, D
A/CN.9/436	Volumen XXVIII 1997	Segunda parte, I, E
A/CN.9/437	Volumen XXVIII: 1997	Segunda parte, III, B
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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 y 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
A/CN.9/535	Volumen XXXIV: 2003	Segunda parte, II, F

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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, VII, 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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/578 y Add. 1 a 17	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 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 7	Volumen XXXVI: 2005	Segunda parte, X, B
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
A/CN.9/588	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, A
A/CN.9/589	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, A
A/CN.9/590	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, III, A
A/CN.9/591 y Corr.1	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/592	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, E
A/CN.9/593	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, D
A/CN.9/594	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, M
A/CN.9/595	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, III, E
A/CN.9/596	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, V, B
A/CN.9/597	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, V, C
A/CN.9/598 y Add.1 y 2	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IX
A/CN.9/599	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, VII
A/CN.9/600	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, V, D
A/CN.9/601	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, VIII
A/CN.9/602	Volumen XXXVII: 2006	Tercera parte, IV
A/CN.9/603	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, F
A/CN.9/604	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, V, A
A/CN.9/605	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, H
A/CN.9/606	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, I
A/CN.9/607	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, J
A/CN.9/609 y Add.1 a 6	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, K
A/CN.9/610 y Add.1	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, L
A/CN.9/611 y Add. 1 a 3	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, I
A/CN.9/614	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, III, A
A/CN.9/615	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, II, A
A/CN.9/616	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, A

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/617	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, I, A
A/CN.9/618	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, V, A
A/CN.9/619	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, III, C
A/CN.9/620	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, I, C
A/CN.9/621	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, J
A/CN.9/622	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, V, C
A/CN.9/623	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, II, D
A/CN.9/624 y Add.1 y 2	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, VI, C
A/CN.9/625	Volumen XXXVIII: 2007	Tercera parte, II
A/CN.9/626	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, II, IX
A/CN.9/627	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, VIII
A/CN.9/628 y Add.1	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, X
A/CN.9/630 y Add.1 a 5	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, VI, B
A/CN.9/631 y Add. 1 a 11	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, I, E
A/CN.9/632	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/634	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, III, E
A/CN.9/637 y Add.1 a 8	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, I, F
A/CN.9/640	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, II, A
A/CN.9/641	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, III, A
A/CN.9/642	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, I, A
A/CN.9/643	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, IV, A
A/CN.9/645	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, I, I
A/CN.9/646	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, III, C
A/CN.9/647	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/648	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, II, E
A/CN.9/649	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, V, A
A/CN.9/650	Volumen XXXIX: 2008	Tercera parte, II
A/CN.9/651	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, IX
A/CN.9/652	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, VIII
A/CN.9/655	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, VI, A
A/CN.9/657 y Add.1 y 2	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, X
A/CN.9/659 y Add. 1 y 2	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, VI, B

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
6. Documentos presentados a los Grupos de Trabajo		
a) Grupo de Trabajo I		
i) Los plazos y la prescripción		
A/CN.9/WG.1/WP.9	Volumen II: 1971	Segunda parte, I, C, 1
ii) Proyectos de infraestructura con financiación privada		
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		
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		
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)

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.II/WP.106	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, I, D
	iii) Arbitraje comercial internacional	
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
A/CN.9/WG.II/WP.136	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.II/WP.137 y Add.1	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, C
A/CN.9/WG.II/WP.138	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, D
A/CN.9/WG.II/WP.139	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, F
A/CN.9/WG.II/WP.141	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, II, G
A/CN.9/WG.II/WP.145 y Add.1	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, III, D
A/CN.9/WG.II/WP.147 y Add.1	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, III, B
A/CN.9/WG.II/WP.149	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, III, D
	c) Grupo de Trabajo III	
	i) Reglamentación internacional del transporte marítimo	
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	
A/CN.9/WG.III/WP.21 y Add.1	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, VI, B

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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
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
A/CN.9/WG.III/WP.49	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.50 /Rev.1	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.51	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.52	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.53	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.54	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.55	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.56	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.57	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, J
A/CN.9/WG.III/WP.58	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, K
A/CN.9/WG.III/WP.59	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, L
A/CN.9/WG.III/WP.61	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, N
A/CN.9/WG.III/WP.62	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, O
A/CN.9/WG.III/WP.63	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, P

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.III/WP.64	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, Q
A/CN.9/WG.III/WP.65	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, R
A/CN.9/WG.III/WP.66	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, S
A/CN.9/WG.III/WP.67	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, T
A/CN.9/WG.III/WP.68	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, U
A/CN.9/WG.III/WP.69	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, V
A/CN.9/WG.III/WP.70	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, IV, V
A/CN.9/WG.III/WP.72	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.III/WP.73	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, C
A/CN.9/WG.III/WP.74	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, D
A/CN.9/WG.III/WP.75	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, E
A/CN.9/WG.III/WP.76	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, F
A/CN.9/WG.III/WP.77	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, G
A/CN.9/WG.III/WP.78	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, H
A/CN.9/WG.III/WP.79	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, I
A/CN.9/WG.III/WP.81	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, K
A/CN.9/WG.III/WP.82	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, L
A/CN.9/WG.III/WP.83	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, M
A/CN.9/WG.III/WP.84	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, N
A/CN.9/WG.III/WP.85	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, O
A/CN.9/WG.III/WP.86	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, P
A/CN.9/WG.III/WP.87	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, Q
A/CN.9/WG.III/WP.88	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, R
A/CN.9/WG.III/WP.89	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, S
A/CN.9/WG.III/WP.90	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, T
A/CN.9/WG.III/WP.91	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, IV, U
A/CN.9/WG.III/WP.93	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.III/WP.94	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.III/WP.95	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, I, D
A/CN.9/WG.III/WP.96	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, I, E
A/CN.9/WG.III/WP.97	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, I, F
A/CN.9/WG.III/WP.98	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, I, G
A/CN.9/WG.III/WP.99	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, I, H
A/CN.9/WG.III/WP.101	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, I, J
A/CN.9/WG.III/WP.102	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, I, K

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.III/WP.103	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, I, L
	d) Grupo de Trabajo IV	
	i) Títulos negociables internacionales	
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	
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	
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 XXVI: 1995	Segunda parte, II, B
A/CN.9/WG.IV/WP.64	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, D, 1

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/WG.IV/WP.65	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, D, 2
A/CN.9/WG.IV/WP.66	Volumen XXVI: 1995	Segunda parte, II, D, 3
A/CN.9/WG.IV/WP.67	Volumen XXVI: 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, III, B
A/CN.9/WG.IV/WP.84	Volumen XXXI: 2000	Segunda parte, III, 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
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

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
	e) Grupo de Trabajo V	
	i) Nuevo orden económico internacional	
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
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) Régimen de la insolvencia	
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
A/CN.9/WG.V/WP.58	Volumen XXXIII: 2002	Segunda parte, III, F

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
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 y 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
A/CN.9/WG.V/WP.74 y Add.1 y 2	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, V, B
A/CN.9/WG.V/WP.76 y Add.1 y 2	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, V, D
A/CN.9/WG.V/WP.78 y Add.1	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, IV, B
A/CN.9/WG.V/WP.80 y Add.1	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, IV, D
f) Grupo de Trabajo VI: Garantías reales		
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 y Add.6 a 8	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, B
A/CN.9/WG.VI/WP.14 y Add.1 y 2 y 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
A/CN.9/WG.VI/WP.21 y Add.1 a 5	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.VI/WP.22 y Add.1	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, C
A/CN.9/WG.VI/WP.24 y Add.1 a 5	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, E
A/CN.9/WG.VI/WP.26 y Add.1 a 8	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, G
A/CN.9/WG.VI/WP.27 y Add.1 y 2	Volumen XXXVII: 2006	Segunda parte, I, H
A/CN.9/WG.VI/WP.29	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, I, B
A/CN.9/WG.VI/WP.31 y Add.1	Volumen XXXVIII: 2007	Segunda parte, I, D
A/CN.9/WG.VI/WP.33 y Add.1	Volumen XXXIX: 2008	Segunda parte, V, B

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
7. Actas resumidas de los debates en la Comisión		
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 XV: 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 XXIII: 1992	Tercera parte, III
A/CN.9/SR.494-512	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, II
A/CN.9/SR.836-864	Volumen XXXVIII: 2007	Tercera Parte, I
A/CN.9/SR.865-882	Volumen XXXIX: 2008	Tercera Parte, I
8. Textos aprobados por Conferencias de Plenipotenciarios		
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 y 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		
	Volumen I: 1968-1970	Tercera parte
A/CN.9/L.20/Add.1	Volumen II: 1971	Segunda parte

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
	Volumen II: 1971	Segunda parte
	Volumen III:1972	Segunda parte
	Volumen IV: 1973	Segunda parte
A/CN.9/L.25	Volumen V: 1974	Tercera parte, II, A
	Volumen V: 1974	Tercera parte, II, B
	Volumen VI: 1975	Tercera parte, II, A
	Volumen VII: 1976	Tercera parte, A
	Volumen VIII: 1977	Tercera parte, A
	Volumen IX: 1978	Tercera parte, II
	Volumen X: 1979	Tercera parte, II
	Volumen XI: 1980	Tercera parte, IV
	Volumen XII: 1981	Tercera parte, III
	Volumen XIII: 1982	Tercera parte, IV
	Volumen XIV: 1983	Tercera parte, IV
	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, IV
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, III
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, II
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 XXXIV: 2003	Tercera parte, III
A/CN.9/581	Volumen XXXVI: 2005	Tercera parte, III

Signatura del documento	*Volumen, año*	*Parte, capítulo*
A/CN.9/602	Volumen XXXVII: 2006	Tercera parte, III
A/CN.9/625	Volumen XXXVIII: 2007	Tercera parte, II
A/CN.9/650	Volumen XXXIX: 2008	Tercera parte, II

Publicación de las Naciones Unidas
Publicado en CD-Rom

V.12-52997–Junio de 2013
ISSN 0251-4273